

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.**

RADICADO No. 15612

LAUDO ARBITRAL

BOGOTÁ, D. C., 28 DE MAYO DE 2020

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES	8
1. PARTES	8
1.1. Parte Demandante.....	8
1.2. Parte Demandada	9
2. MINISTERIO PÚBLICO	10
3. CONTRATO OBJETO DE CONTROVERSIA	10
4. PACTO ARBITRAL	11
5. TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL.....	12
5.1. Demanda arbitral y llamamiento en garantía.....	12
5.2. Designación de los árbitros	13
5.3. Instalación	13
5.4. Admisión de la demanda y del llamamiento en garantía	14
5.5. Notificación personal del auto admisorio a la Parte Demandada.....	14
5.6. Notificación personal del auto admisorio a la Llamada en Garantía.....	15
5.7. Reforma de la demanda.....	17
5.8. Contestación de la reforma de la demanda	17
5.9. Traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio formuladas por la Llamada en Garantía.....	18
5.10. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios y gastos.....	18
5.11. Primera audiencia de trámite.....	19
5.12. Etapa probatoria.....	20

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

5.12.1.	Documentales.....	20
5.12.2.	Oficio.....	21
5.12.3.	Declaración de terceros	21
5.12.4.	Interrogatorio de parte	22
5.12.5.	Cierre de la etapa probatoria y control de legalidad	23
5.13.	Alegatos de conclusión.....	23
5.13.1.	Alegatos de conclusión de la Demandante	24
5.13.2.	Concepto del Ministerio Público.....	25
5.14.	Audiencia de laudo	26
6.	TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL	27
II.	<i>CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE.....</i>	27
1.	PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA.....	28
2.	HECHOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA	31
3.	CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA PRESENTADA POR LA LLAMADA EN GARANTÍA.....	43
4.	CONCILIACIÓN ENTRE EL BANCO Y CONFIANZA EN RELACIÓN CON EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.....	43
III.	<i>CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....</i>	46
1.	PRESUPUESTOS PROCESALES.....	46
2.	CONSIDERACIONES DE FONDO	48
2.1.	Régimen legal aplicable al Contrato y modificaciones contractuales	49
2.2.	Pronunciamiento sobre el Acuerdo Conciliatorio entre el Llamante en Garantía y la Llamada en Garantía y su impacto en las pretensiones que subsisten con respecto al Demandado	56
2.2.1.	La conciliación en el proceso arbitral	56
2.2.2.	El Llamamiento en Garantía.....	59

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

2.2.3.	La conciliación entre el BANCO y CONFIANZA y su efecto en la demanda principal.....	60
2.2.4.	Análisis del documento de la Demandante sobre el pretendido ajuste de sus pretensiones como resultado de la conciliación con la Llamada en Garantía	63
2.3.	Pronunciamiento sobre el incumplimiento del Contrato.....	65
2.3.1.	Posición del Demandante	65
2.3.2.	Concepto del Ministerio Público	68
2.3.3.	Consideraciones del Tribunal.....	71
2.3.3.1.	Obligaciones derivadas del Contrato.....	71
2.3.3.2.	¿Incumplió FACELCO el Contrato y los Otrosíes?.....	82
2.3.3.3.	¿Incumplió el BANCO el Contrato y los Otrosíes?.....	91
2.3.3.4.	Conclusión	94
2.4.	Pronunciamiento sobre el perjuicio reclamado y su <i>quantum</i>	94
2.4.1.	Posición del Demandante	94
2.4.2.	Concepto del Ministerio Público	97
2.4.3.	Consideraciones del Tribunal.....	98
2.4.3.1.	Análisis de la responsabilidad para determinar si el perjuicio es indemnizable	98
2.4.3.2.	El perjuicio y su monto deben quedar suficientemente probados en el Proceso.....	111
2.4.3.3.	Conclusión	115
2.5.	Pronunciamiento sobre el anticipo no ejecutado.....	116
2.5.1.	Posición del Demandante	116
2.5.2.	Concepto del Ministerio Público	119
2.5.3.	Consideraciones del Tribunal.....	120
2.6.	Pronunciamiento sobre la Cláusula Penal.....	121
2.6.1.	Posición del Demandante	122
2.6.2.	Concepto del Ministerio Público	123

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

2.6.3.	Consideraciones del Tribunal	123
2.6.3.1.	Objeto de la cláusula penal y sus implicaciones en el caso concreto.....	124
2.6.3.2.	Conclusión	126
2.7.	Pronunciamiento sobre la liquidación del Contrato y la determinación de restituciones a que haya lugar	127
2.7.1.	Posición del Demandante	127
2.7.2.	Concepto del Ministerio Público	128
2.7.3.	Consideraciones del Tribunal en relación con la liquidación del Contrato	129
2.8.	Pronunciamiento sobre el juramento estimatorio	129
3.	COSTAS.....	131
IV.	PARTE RESOLUTIVA.....	132

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

ABREVIACIONES

CAC	Centro de Arbitraje y Conciliación
CCB	Cámara de Comercio de Bogotá
C.C.	Código Civil
C.Co.	Código de Comercio
CGP	Código General del Proceso
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
Contrato	Contrato No. CT0135-00621400 de fecha 21 de mayo de 2014
Demandante o el BANCO	BANCO DE LA REPÚBLICA
Demandada o FACELCO	FACELCO S.A.S.
Llamada en Garantía o CONFIANZA	COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - CONFIANZA
Partes	BANCO DE LA REPÚBLICA y FACELCO S.A.S.

TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.

RADICADO No. 15612

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020).

Encontrándose cumplidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, estando dentro de la oportunidad para el efecto y siendo la fecha y hora señaladas previamente para realizar la **AUDIENCIA DE FALLO**, procede este Tribunal Arbitral a proferir en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral bajo el número de radicado 15612, administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación (en adelante el “**CAC**”) de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante la “**CCB**”), el cual fue iniciado por el **BANCO DE LA**

TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612

REPÚBLICA (en adelante el “**BANCO**” o la “**Demandante**”) contra **FACELCO S.A.S.** (en adelante “**FACELCO**” o la “**Demandada**”, y en conjunto con el **BANCO** las “**PARTES**” e individualmente la “**PARTE**”), para dirimir las desavenencias contractuales entre las Partes con ocasión de la ejecución del Contrato No. CT0135-00621400 de fecha 21 de mayo de 2014 (en adelante el “**Contrato**”) y sus Otrosíes.

I. ANTECEDENTES

En este apartado se anunciarán las Partes (1), el Ministerio Público (2) el Contrato objeto de controversia (3), el pacto arbitral (4), el trámite del proceso arbitral (5) y el término de duración del mismo (6).

1. PARTES

1.1. Parte Demandante

La Parte Demandante en el presente proceso arbitral es el **BANCO DE LA REPÚBLICA**, persona jurídica de derecho público, que funciona como organismo estatal de rango constitucional, de naturaleza propia y especial, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, con régimen legal propio contenido en los artículos 371, 372 y 373 de la Constitución Política, la Ley 31 de 1992 y sus estatutos, expedidos mediante el Decreto 2520 de 1993, identificado con número de identificación tributaria –NIT– 860.005.216-7, con domicilio en la ciudad de Bogotá, y representado legalmente por el señor **OSCAR EDUARDO VARGAS ROZO**, Director Asesor del Departamento Jurídico, según consta en los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Superintendencia Financiera de Colombia que obran en el expediente¹.

¹ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000413 a 000417; Cuaderno Principal No. 2, Folios 000222 a 000226; Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000215 a 000223; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000216 a 000224.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

En el presente trámite arbitral, la Demandante está debidamente representada por su apoderado judicial, el doctor **CARLOS EDUARDO LINARES LÓPEZ**, de acuerdo con el poder especial que obra en el expediente².

1.2. Parte Demandada

La Parte Demandada en el presente proceso arbitral es la sociedad **FACELCO S.A.S.**, identificada con el número de identificación tributaria –NIT– 811.001.599-6, con domicilio en la ciudad de Medellín, y representada legalmente por el señor **LUIS FERNANDO TABARES RUIZ**, según consta en los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia que obran en el expediente³.

La sociedad **FACELCO**, quien fue debidamente notificada del auto admisorio de la demanda arbitral en los términos previstos en los artículos 291⁴ y 292⁵ del Código General del Proceso (en adelante el “**CGP**”), en concordancia con el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 2º del inciso 2º del artículo 2.2.4.2.4.2. del Decreto 1069 de 2015, no concurrió al presente proceso arbitral para defender sus intereses ni de manera personal ni a través de apoderado judicial⁶.

No obstante, a lo largo de todo el trámite arbitral, la Demandada fue debidamente notificada en los términos del artículo 23 de la Ley 1563 de 2012 de todas las providencias proferidas por el Tribunal Arbitral en audiencia sin presencia de las

² Cuaderno Principal No. 1, Folios 000039 a 000039 vuelto; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000215 a 000215 vuelto.

³ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000040 a 000046; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000225 a 000231.

⁴ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000201 a 000209.

⁵ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000221 a 000230.

⁶ La notificación del auto admisorio de la demanda a la Parte Demandada se explica en detalle en el punto 4.5. de la Parte I de este Laudo.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Partes⁷ e informada de las decisiones adoptadas en audiencia con presencia de la Demandante y de la agente del Ministerio Público⁸.

2. MINISTERIO PÚBLICO

Para el cumplimiento de las funciones atribuidas por el numeral 7º del artículo 277 de la Constitución Política, en concordancia con lo establecido en los artículos 45 y siguientes del CGP, el Ministerio Público estuvo debidamente representado por la doctora **MÓNICA IVÓN ESCALANTE RUEDA**, Procuradora 50 Judicial II para Asuntos Administrativos.

3. CONTRATO OBJETO DE CONTROVERSA

El Contrato objeto de controversia en el presente proceso arbitral es el número CT0135-00621400 de fecha 21 de mayo de 2014 celebrado entre el **BANCO** y **FACELCO**, cuyo objeto consiste en el “suministro e instalación de subestaciones en edificios varios de EL BANCO (Sucursales, Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Museo del Oro y Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué)”⁹, así como los cinco (5) Otrosíes a dicho Contrato de fechas 30 de marzo de

⁷ Cuaderno Principal No.1, Folios 000291 a 000301 y 000421 a 000430; Cuaderno Principal No. 2, Folios 000067 a 000078, 000089 a 000100, 000118 a 000129, 000157 a 000170, 000194 a 000208, 000251 a 000253, 000314 a 000337 y 000386 a 000406; Cuaderno Principal No. 3, Folios 000004 a 000027, 000114 a 000134 y 000140 a 000161; y Cuaderno Principal No. 4, Folios 000242 a 000260 y 000314 a 000332.

⁸ Cuaderno Principal No. 2, Folios 000035 a 000048, 000227 a 000239 y 000278 a 000279; Cuaderno Principal No. 3, Folios 000048 a 000071, 000208 a 000218, 000230 a 000240, 000260 a 000270, 000278 a 000287, 000330 a 000346, 000360 a 000378, y 000409 a 000428; y Cuaderno Principal No. 4, Folios 000098 a 000110, 000220 a 000232, 000271 a 000281, 000298 a 000309, 000360 a 000380, 000411 a 000412, 000451 a 000452 y 000454 a 000464.

⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000028 a 000032; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000044 a 000048.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

2015¹⁰, 20 de agosto de 2015¹¹, 12 de noviembre de 2015¹², 30 de marzo de 2016¹³ y 5 de septiembre de 2016¹⁴ respectivamente.

4. PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral con base en el cual se convocó el presente Tribunal Arbitral está contenido en la cláusula vigésima del Contrato celebrado entre el **BANCO** y **FACELCO**, cuyo texto es el siguiente:

“VIGÉSIMA. - Cláusula compromisoria: Las partes acuerdan someter a la decisión de un tribunal de arbitramento cualquier diferencia, controversia o conflicto que surja entre ellas en relación con la celebración, ejecución o terminación de este contrato, que no haya podido ser resuelta por ellas de común acuerdo dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al momento en que la controversia o diferencia haya sido planteada por cualquiera de las partes a la otra por escrito. El tribunal de arbitramento tendrá su sede en Bogotá, D.C., actuará bajo la administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, fallará en derecho y estará conformado por un (1) árbitro, si la controversia no tuviere valor, o éste fuere inferior o igual a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 S.M.L.M.V.), caso en el cual el árbitro será designado de común acuerdo por las partes, de las listas de árbitros inscritos en la Cámara de Comercio de Bogotá. Si las partes no se ponen de acuerdo para su nombramiento en un plazo de treinta (30) días comunes, la designación será hecha por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de diez (10) abogados que las partes elaboren de común acuerdo, tomados de la relación de árbitros inscritos en esa Entidad. Cuando

¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000057 a 000058 vuelto; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000057 a 000058 vuelto.

¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000076 a 000076 vuelto; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000076 a 000076 vuelto.

¹² Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000095 a 000095 vuelto; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000095 a 000095 vuelto.

¹³ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000122 a 000123 vuelto; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000122 a 000123.

¹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000139 a 000140 vuelto; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000139 a 000140.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

el valor de la controversia exceda de cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 S.M.L.M.V.), el tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, quienes serán designados así: Dos (2) de ellos, de común acuerdo por las partes, entre aquellos inscritos en la Cámara de Comercio de Bogotá, y el tercero (3º), por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de diez (10) abogados que las partes elaboren de común acuerdo, tomados de la relación de árbitros inscritos en dicha Entidad. En cualquiera de los eventos anteriores, si las partes, dentro de los treinta (30) días comunes al inicio del respectivo trámite, no pudieren escoger los árbitros que deben designar de común acuerdo o cualquiera de ellos, y/o no pudieren elaborar la lista de nombres entre los cuales la Cámara de Comercio debe elegir el árbitro cuyo nombramiento le corresponda, el árbitro o los árbitros respectivos serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de su lista de árbitros de primer nivel (“lista A”). En todos los casos, los árbitros designados deberán sujetarse a las tarifas de gastos y honorarios establecidas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

PARÁGRAFO. Se excluye de la cláusula compromisoria la acción ejecutiva con la que se pretenda exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato” (negrillas y subrayas en original)¹⁵.

5. TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

El trámite arbitral se desarrolló con apego a las disposiciones legales que rigen el arbitraje nacional, así como con el pleno cumplimiento de los principios y garantías constitucionales.

5.1. Demanda arbitral y llamamiento en garantía

El 9 de marzo de 2018, el **BANCO** –Parte Demandante–, actuando por intermedio de apoderado judicial, presentó tanto demanda arbitral en contra de la sociedad **FACELCO**¹⁶, como contra la Llamada en Garantía, la **COMPAÑÍA ASEGURADORA**

¹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000031 a 000031 vuelto; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000047 a 000047 vuelto.

¹⁶ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000001 a 000038.

DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA (en adelante “**CONFIANZA**” o la “Llamada en Garantía”)¹⁷ ante el CAC de la CCB.

5.2. Designación de los árbitros

De acuerdo con el procedimiento pactado en la cláusula compromisoria, el CAC de la CCB designó mediante sorteo público como árbitros a los doctores DIANA XIMENA CORREA ÁNGEL, JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO y ROBERTO BORRÁS POLANÍA, a quienes el CAC les comunicó su designación¹⁸ y quienes aceptaron oportunamente y dieron cumplimiento al deber de información de que trata el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012¹⁹.

5.3. Instalación

El 11 de julio de 2018 se llevó a cabo la audiencia de instalación, en la cual, mediante Auto No. 1, se declaró legalmente instalado el Tribunal Arbitral, se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal el CAC de la CCB, se designó como presidenta a la doctora DIANA XIMENA CORREA ÁNGEL y como secretario al doctor PHILIP FRANK RUIZ AGUILERA, y se decidieron otros temas²⁰.

El doctor RUIZ AGUILERA aceptó la designación en la oportunidad señalada en la ley, dio cumplimiento al deber de información de que trata el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012²¹ y tomó posesión del cargo ante la presidenta del Tribunal²².

¹⁷ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000049 a 000078.

¹⁸ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000111 a 000122.

¹⁹ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000129 a 000135.

²⁰ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000165 a 000167.

²¹ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000171 a 000198.

²² Cuaderno Principal No. 1, Folio 000199.

5.4. Admisión de la demanda y del llamamiento en garantía

En la audiencia celebrada el 11 de julio de 2018, se profirió el Auto No. 2 mediante el cual se admitió tanto la demanda arbitral como el llamamiento en garantía²³.

5.5. Notificación personal del auto admisorio a la Parte Demandada

La Parte Demandada fue debidamente notificada del auto admisorio de la demanda arbitral en los términos establecidos en los artículos 291 y 292 del CGP, tal como se expone a continuación:

Conforme al artículo 291 del CGP, la secretaría remitió el 10 de agosto de 2018, por medio de correo electrónico certificado dirigido a las 3 direcciones electrónicas de notificaciones judiciales registradas en el certificado de existencia y representación legal de **FACELCO** (beatriz.agudelo@facelco.com.co, diana.alzate@facelco.com.co y facelco@facelco.com.co), la comunicación de citación para diligencia de notificación personal del auto admisorio de la demanda²⁴, la cual fue recibida en las 3 direcciones electrónicas antes mencionadas el día 10 de agosto de 2018 a las 3:58:50 p.m., según consta en las certificaciones expedidas por *Certimail* que obran en el expediente²⁵. Lo anterior en concordancia con el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 2º del inciso 2º del artículo 2.2.4.2.4.2. del Decreto 1069 de 2015.

Dado que la Demandada no compareció a notificarse del auto admisorio de la demanda dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo de la comunicación mencionada en el párrafo anterior, la secretaría le remitió, por medio de correo electrónico certificado dirigido a las 3 direcciones electrónicas de notificaciones judiciales registradas en el certificado de existencia y representación legal de **FACELCO** (beatriz.agudelo@facelco.com.co, diana.alzate@facelco.com.co y

²³ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000167 a 000168.

²⁴ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000201 a 000203.

²⁵ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000204 a 000209.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

facelco@facelco.com.co), tanto el aviso de que trata el artículo 292 del CGP como el auto admisorio que se le notificaba²⁶, los cuales fueron recibidos en las 3 direcciones electrónicas antes mencionadas el día 31 de agosto de 2018 a las 10:20:24 a.m., según consta en las certificaciones expedidas por *Certimail* que obran en el expediente²⁷. Lo anterior en concordancia con el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 2º del inciso 2º del artículo 2.2.4.2.4.2. del Decreto 1069 de 2015.

Teniendo en cuenta que, de un lado, la notificación por aviso quedó surtida al finalizar el día 3 de septiembre de 2018, de acuerdo con lo previsto en el artículo 292 del CGP y, de otro lado, que la Demandada disponía de 3 días hábiles para solicitar en la secretaría del Tribunal Arbitral que se le suministrara la reproducción de la demanda arbitral y sus anexos, así como del llamamiento en garantía y sus anexos, sin haber hecho uso de este derecho, el término de 20 días hábiles de traslado de la demanda arbitral corrió desde el día 7 de septiembre de 2018 hasta el día 4 de octubre de 2018, el cual venció en silencio²⁸.

5.6. Notificación personal del auto admisorio a la Llamada en Garantía

La notificación personal del auto admisorio del llamamiento en garantía a **CONFIANZA** se surtió en los términos previstos en los artículos 291 y 292 del CGP, de la siguiente manera:

De acuerdo con el artículo 291 del CGP, la secretaría remitió el 10 de agosto de 2018, por medio de correo electrónico certificado dirigido a la dirección electrónica de notificaciones judiciales registrada en el certificado de existencia y representación legal de **CONFIANZA** (ccorreos@confianza.com.co), la comunicación de citación para diligencia de notificación personal del auto admisorio del llamamiento en garantía²⁹, la

²⁶ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000221 a 000224.

²⁷ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000225 a 000230.

²⁸ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000285 a 000287.

²⁹ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000211 a 000213.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

cual fue recibida en la dirección electrónica antes mencionada el día 10 de agosto de 2018 a las 4:13:13 p.m., según consta en las certificaciones expedidas por *Certimail* que obran en el expediente³⁰. Lo anterior en concordancia con el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 2º del inciso 2º del artículo 2.2.4.2.4.2. del Decreto 1069 de 2015.

Dado que la Llamada en Garantía no compareció a notificarse del auto admisorio del llamamiento en garantía dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo de la comunicación mencionada en el párrafo anterior, la secretaría le remitió, por medio de correo electrónico certificado dirigido a la dirección electrónica de notificaciones judiciales registrada en el certificado de existencia y representación legal de **CONFIANZA** (ccorreos@confianza.com.co), tanto el aviso de que trata el artículo 292 del CGP como el auto admisorio que se le notificaba³¹, los cuales fueron recibidos en la dirección electrónica antes mencionadas el día 31 de agosto de 2018 a las 10:21:14 a.m., según consta en las certificaciones expedidas por *Certimail* que obran en el expediente³². Lo anterior en concordancia con el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 2º del inciso 2º del artículo 2.2.4.2.4.2. del Decreto 1069 de 2015.

Teniendo en cuenta que, de un lado, la notificación por aviso quedó surtida al finalizar el día 3 de septiembre de 2018, de acuerdo con lo previsto en el artículo 292 del CGP y, de otro lado, que la Llamada en Garantía disponía de 3 días hábiles para solicitar en la secretaría del Tribunal que se le suministrara la reproducción del llamamiento en garantía y sus anexos, así como de la demanda arbitral y sus anexos, sin haber hecho uso de este derecho, el término de 20 días hábiles de traslado del llamamiento en garantía corrió desde el día 7 de septiembre de 2018 hasta el día 4 de octubre de 2018, el cual venció en silencio³³.

³⁰ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000214 a 000219.

³¹ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000232 a 000235.

³² Cuaderno Principal No. 1, Folios 000236 a 000240.

³³ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000287 a 000288.

5.7. Reforma de la demanda

El 19 de noviembre de 2018, estando dentro de la oportunidad legal, la Parte Demandante presentó reforma de la demanda tanto por medios electrónicos³⁴ como en físico en la secretaría del Tribunal Arbitral³⁵, la cual fue admitida a través del Auto No. 4 del 20 de noviembre de 2018³⁶. Dicha providencia fue notificada por medios electrónicos tanto a la Demandada³⁷ como a la Llamada en Garantía³⁸ el día 20 de noviembre de 2018, en los términos previstos en el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012.

El término de 10 días hábiles de traslado de la reforma de la demanda corrió desde el día 26 de noviembre de 2018 hasta el día 7 de diciembre de 2018, una vez vencidos los 3 días desde la notificación por medios electrónicos del auto admisorio de la reforma³⁹.

5.8. Contestación de la reforma de la demanda

La Parte Demandada no contestó la reforma de la demanda⁴⁰.

Por su parte, el 5 de diciembre de 2018, estando dentro de la oportunidad legal, la Llamada en Garantía presentó la contestación de la reforma de la demanda, en la que formuló excepciones de mérito⁴¹.

³⁴ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000306 a 000350.

³⁵ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000351 a 000393.

³⁶ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000409 a 000412.

³⁷ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000421 a 000430.

³⁸ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000431 a 000442.

³⁹ Cuaderno Principal No. 2, Folios 000064 a 000065.

⁴⁰ Cuaderno Principal No. 2, Folio 000065.

⁴¹ Cuaderno Principal No. 2, Folios 000002 a 000023.

5.9. Traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio formuladas por la Llamada en Garantía

Mediante fijación en lista del 10 de diciembre de 2018, se corrió traslado a la Parte Demandante por el término de 5 días de las excepciones de mérito propuestas por la Llamada en Garantía en su contestación de la reforma de la demanda⁴².

El 17 de diciembre de 2018, la Demandante presentó oportunamente por medios electrónicos un memorial en el que se pronunció sobre las excepciones de mérito formuladas por la Llamada en Garantía y aportó y solicitó pruebas adicionales⁴³.

5.10. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios y gastos

La audiencia de conciliación y fijación de honorarios y gastos del Tribunal se adelantó los días 6 de marzo⁴⁴, 22⁴⁵ y 23 de octubre⁴⁶ y 12 de noviembre de 2019⁴⁷, en la que, de un lado, la Demandante –Llamante en Garantía– y la Llamada en Garantía conciliaron todas las controversias relacionadas con el llamamiento en garantía⁴⁸, conciliación que fue aprobada por el Tribunal por medio del Auto No. 16 del 22 de octubre de 2019⁴⁹, previa aprobación del Comité de Conciliación del **BANCO** (extractos de las Actas No. 41 del 12 de abril de 2019⁵⁰ y 43 del 29 de agosto de

⁴² Cuaderno Principal No. 2, Folios 000034 a 000051.

⁴³ Cuaderno Principal No. 2, Folios 000052 a 000061.

⁴⁴ Cuaderno Principal No. 2, Folios 000218 a 000221.

⁴⁵ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000176 a 000197.

⁴⁶ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000221 a 000229.

⁴⁷ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000243 a 000258.

⁴⁸ Cuaderno Principal No. 2, Folios 000219 a 000220; y Cuaderno Principal No. 3, Folios 000039, 000042 y 000178 a 000179.

⁴⁹ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000180 a 000195.

⁵⁰ Cuaderno Principal No. 2, Folios 000267 a 000268 y 000274 a 000276 vuelto.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

2019⁵¹) y concepto favorable de la agente del Ministerio Público rendido el 11 de septiembre de 2019⁵², y que terminó parcialmente el proceso arbitral y, en consecuencia, cesó las de funciones del Tribunal Arbitral en relación únicamente con las controversias sometidas a su conocimiento con ocasión de llamamiento en garantía. De otro lado, debido a la inasistencia de la Parte Demandada a la audiencia de conciliación, se declaró agotada y fallida esta etapa procesal frente a las controversias relacionadas con la demanda arbitral y se ordenó continuar con el trámite del proceso arbitral, únicamente frente a las controversias suscitadas en relación con la demanda arbitral⁵³.

En esa misma audiencia, el Tribunal profirió el Auto No. 21 del 12 de noviembre de 2019 en el que se fijaron las sumas que las Partes Demandante y Demandada debían cancelar por concepto de honorarios, gastos de administración y otros gastos del proceso⁵⁴, las cuales fueron pagadas en su totalidad por la Parte Demandante, en las oportunidades previstas en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012⁵⁵.

5.11. Primera audiencia de trámite

El 16 de enero de 2020 se surtió la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho sobre las controversias sometidas a su consideración entre el **BANCO** y **FACELCO**, a través del Auto No. 22 de esa misma fecha, providencia contra la cual no se interpuso recurso alguno⁵⁶.

⁵¹ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000040 a 000041 y 000043 a 000044.

⁵² Cuaderno Principal No. 3, Folios 000074 a 000091.

⁵³ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000180 a 000195.

⁵⁴ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000250 a 000258.

⁵⁵ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000290 a 000292, 000313 a 000326, 000327 a 000329, 000330 a 000350 y 000390 a 000392.

⁵⁶ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000393 a 000402.

En esa misma audiencia, una vez en firme la anterior providencia, mediante los Autos No. 23 y 24, el Tribunal se pronunció sobre las pruebas aportadas y solicitadas por la Demandante, así como las que de oficio estimó necesarias⁵⁷.

En consecuencia, la primera audiencia de trámite finalizó el día 16 de enero de 2020 –Acta No. 19–⁵⁸.

5.12. Etapa probatoria

Durante la etapa probatoria del presente proceso arbitral, se tuvieron y practicaron las siguientes pruebas:

5.12.1. Documentales

Se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor que la ley les asigna:

- i) Los documentos aportados al proceso por la Demandante con la demanda y la reforma de la demanda, los cuales obran a folios 000001 a 000225 del Cuaderno de Pruebas No. 1;
- ii) Los documentos aportados al proceso por la Parte Demandante con el memorial de llamamiento en garantía, los cuales obran a folios 000001 a 000244 del Cuaderno de Pruebas No. 2;
- iii) Los documentos aportados al proceso por la Llamada en Garantía **CONFIANZA** con la contestación a la reforma de la demanda, los cuales obran a folios 000245 a 000299 del Cuaderno de Pruebas No. 2; y
- iv) Los documentos aportados al proceso por la Demandante con el memorial mediante el cual recorrió el traslado de las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la reforma de la demanda

⁵⁷ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000403 a 000408.

⁵⁸ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000390 a 000408.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

presentada por la Llamada en Garantía, los cuales obran a folios 000300 a 000363 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

5.12.2. Oficio

Conforme a lo ordenado en el Auto No. 24 del 16 de enero de 2020, se libró el Oficio No. 1 del 22 de enero de 2020 dirigido al **BANCO**⁵⁹, para que allegara “a más tardar el día martes 28 de enero de 2019 el Manual de Contratación de esa entidad que estaba vigente para la fecha de suscripción y ejecución del Contrato número CT0135 00621400 de fecha 21 de mayo de 2014 celebrado entre el BANCO DE LA REPÚBLICA y FACELCO S.A.S.”.

El 24 de enero de 2020, el **BANCO** remitió oportunamente por medios electrónicos el Manual de Contratación solicitado tanto en el Auto No. 24 como en el Oficio No. 1⁶⁰.

Posteriormente, mediante Auto No. 25 del 28 de enero de 2020, se corrió traslado a las Partes y el Ministerio Público, por el término de tres días, del mentado Manual de Contratación⁶¹. El anterior traslado venció en silencio⁶².

5.12.3. Declaración de terceros

En la audiencia celebrada el 28 de enero de 2020, se recibieron los testimonios de los señores SANDRA PATRICIA ESCOBAR LORA⁶³, EUSEBIO SIMÓN RÍOS OVIEDO⁶⁴,

⁵⁹ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000436 a 000450.

⁶⁰ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000203 a 000204; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000364 a 000382.

⁶¹ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000216.

⁶² Cuaderno Principal No. 4, Folios 000238 a 000239.

⁶³ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000209.

⁶⁴ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000210.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

HERNÁN CABATIVA⁶⁵, LUIS FRANCISCO ÁLVAREZ CORREDOR⁶⁶, JORGE ELIÉCER VÁSQUEZ CIFUENTES⁶⁷ y RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ PEÑALOZA⁶⁸.

La grabación de estas declaraciones y su correspondiente transcripción obran en el Cuaderno de Pruebas No. 2 a folios 000389 a 000441.

Durante su declaración, la señora SANDRA PATRICIA ESCOBAR LORA aportó 4 fotografías que fueron incorporadas al expediente⁶⁹ mediante el Auto No. 25 del 28 de enero de 2020⁷⁰.

Mediante el Auto No. 26 del 21 de febrero de 2020, el Tribunal Arbitral no insistió en la práctica del testimonio del señor WILSON GUZMÁN LADINO, prueba que había sido decretada de oficio en el Auto No. 23 del 16 de enero de 2020 y que no pudo ser practicada por inasistencia del citado a la audiencia, quien no justificó oportunamente su inasistencia⁷¹.

5.12.4. Interrogatorio de parte

Mediante el Auto No. 26 del 21 de febrero de 2020, el Tribunal Arbitral no insistió “en la práctica del interrogatorio de parte del representante legal de FACELCO S.A.S., el señor LUIS FERNANDO TABARES RUIZ o quien haga sus veces”, prueba que había sido decretada de oficio en el Auto No. 23 del 16 de enero de 2020 y que no pudo ser practicada por inasistencia del citado a la audiencia, quien no justificó oportunamente su inasistencia⁷², a pesar de haber sido informado de la diligencia a través del Oficio No. 7 en los correos electrónicos beatriz.agudelo@facelco.com.co y

⁶⁵ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000211.

⁶⁶ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000212.

⁶⁷ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000213.

⁶⁸ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000214.

⁶⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000383 a 000388.

⁷⁰ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000214.

⁷¹ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000215 a 000217 y 000238 a 000240.

⁷² Cuaderno Principal No. 4, Folios 000215 a 000217 y 000238 a 000240.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

diana.alzate@facelco.com.co –correos electrónicos de notificaciones judiciales inscritos en el certificado de existencia y representación legal de **FACELCO**—⁷³.

Se advierte que el testigo RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ PEÑALOZA suministró durante su declaración el número de celular del señor TABARES RUIZ. Sin embargo, tanto la Demandante como el Ministerio Público solicitaron al Tribunal Arbitral abstenerse “de establecer contacto alguno con el teléfono que se obtuvo hoy, en la medida que se estaría presentando una posible circunstancia particular, pues debe correr el tiempo sin ninguna advertencia para el que estaba obligado a presentarse y no lo hizo”⁷⁴.

5.12.5. Cierre de la etapa probatoria y control de legalidad

El Tribunal declaró concluida la etapa probatoria del proceso, mediante Auto No. 26 del 21 de febrero de 2020⁷⁵.

Una vez agotada la etapa probatoria, el Tribunal efectuó el control de legalidad de las actuaciones surtidas hasta esa fecha, conforme a lo previsto en el numeral 12 del artículo 42 del CGP y el artículo 132 del mismo estatuto, para lo cual profirió el Auto No. 27 en el que declaró que no existían vicios dentro del proceso arbitral que configuraran nulidades procesales u otras irregularidades y dispuso continuar con el trámite de proceso arbitral⁷⁶.

5.13. Alegatos de conclusión

La audiencia de alegatos de conclusión se celebró de manera virtual el 2 de abril de 2020⁷⁷, en la que el apoderado judicial de la Demandante presentó oralmente sus

⁷³ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000098 a 000112.

⁷⁴ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000217.

⁷⁵ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000238 a 000240.

⁷⁶ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000240 a 000241.

⁷⁷ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000383 a 000393.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

alegaciones finales y entregó una versión electrónica de las mismas, la cual fue incorporada al expediente⁷⁸. La Demandada no compareció a la audiencia.

Igualmente, la señora agente del Ministerio Público rindió, de manera oral, su concepto y entregó una versión electrónica del mismo, la cual fue incorporada al expediente⁷⁹.

En esa misma audiencia, una vez agotada la etapa de alegatos de conclusión, el Tribunal Arbitral efectuó el control de legalidad de las actuaciones surtidas hasta esa fecha, conforme a lo previsto en el numeral 12 del artículo 42 del CGP y el artículo 132 del mismo estatuto, para lo cual profirió el Auto No. 30 en el que declaró que no existían vicios dentro del proceso arbitral que configuraran nulidades procesales u otras irregularidades y dispuso continuar con el trámite de proceso arbitral⁸⁰.

5.13.1. Alegatos de conclusión de la Demandante⁸¹

La Demandante en sus alegatos de conclusión reiteró “los fundamentos fácticos, jurídicos y legales presentados en el escrito de reforma de la demanda, tendientes a la prosperidad de las pretensiones (...) solicitadas en esa demanda reformada”⁸².

Al respecto, la Demandante manifiesta, en primer lugar, que “todos y cada uno de los hechos están probados y confesos de forma ficta por parte del señor **LUIS FERNANDO TABARES RUÍZ** (sic) (...) o quien hiciera sus veces como representante legal de **FACELCO S.A.S.**, sociedad que notificada legalmente de la demanda, quien no la contestó y citado su representante legal a absolver interrogatorio de parte, no compareció ante el Tribunal, ni excuso (sic) en tiempo la razón de su inasistencia”⁸³ (negrillas en original).

⁷⁸ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000394 a 000413.

⁷⁹ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000414 a 000453.

⁸⁰ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000392 a 000393.

⁸¹ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000395 a 000410.

⁸² Cuaderno Principal No. 4, Folio 000395.

⁸³ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000396.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

En segundo lugar, con respecto de las pruebas practicadas, esa parte señala: i) que con las pruebas documentales allegadas al expediente están acreditados los hechos de la reforma de la demanda; ii) que el testimonio del señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ PEÑALOZA, quien para la época trabajaba en **FACELCO**, “dejó en evidencia que (...) FACELCO S.A.S. cometió errores por su culpa y que esos errores lo llevaron a incumplir y abandonar la ejecución del contrato”⁸⁴; iii) que los testimonios de los señores SANDRA PATRICIA ESCOBAR LORA, EUSEBIO SIMÓN RÍOS OVIEDO, HERNÁN CABATIVA, LUIS FRANCISCO ÁLVAREZ CORREDOR y JORGE ELIÉCER VÁSQUEZ CIFUENTES, quienes son o fueron funcionarios del **BANCO DE LA REPÚBLICA**, coincidieron en que “FACELCO fue quien incumplió las condiciones contractuales y pretendió cambiar las especificaciones del objeto contractual”⁸⁵; iv) que el juramento estimatorio consignado en la reforma de la demanda no fue objetado por **FACELCO** y que, en consecuencia, es prueba del monto de los perjuicios que resultan del incumplimiento contractual.

De acuerdo con lo anterior, la Parte Demandante solicita “abrir paso a la prosperidad de las pretensiones planteadas en el escrito de reforma de la demanda, incluyendo la condena en costas y deduciendo lo pagado por la llamada en garantía a raíz de la conciliación parcial”⁸⁶.

5.13.2. Concepto del Ministerio Público⁸⁷

En su concepto, la señora Procuradora 50 Judicial II para Asuntos Administrativos comienza recapitulando los hechos, las pretensiones, la no contestación de la demanda por parte de **FACELCO**, la contestación de la reforma de la demanda por la Llamada en Garantía **CONFIANZA** y el acuerdo de conciliación celebrado entre el **BANCO** y **CONFIANZA**. Luego, previo a estudiar el caso en concreto, la señora Procuradora desarrolla los siguientes tres puntos en su concepto: i) la cláusula

⁸⁴ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000408.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000410.

⁸⁷ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000415 a 000450.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

compromisoria; ii) el Contrato y cumplimiento de obligaciones por cada una de las partes; y iii) el sector eléctrico e intervención del Estado. A continuación, entra a analizar el caso concreto, en el que centra su atención en los siguientes puntos: i) principales obligaciones contractuales tanto del **BANCO** como de **FACELCO**; ii) situaciones que pudieron dar lugar a afectar la ejecución normal del Contrato, así como posibles incumplimientos de las obligaciones contractuales, entre las que destaca: a) el cambio normativo; b) las características técnicas de los transformadores; y c) el suministro de todos los materiales y elementos necesarios para la ejecución del Contrato; iii) los perjuicios causados; iv) la cláusula penal; y v) liquidación del Contrato.

Finalmente, la señora Procuradora manifiesta que “debe el Tribunal considerar que toda vez que el tercero llamado en garantía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, reconoció unos perjuicios a favor del Banco de la Republica, dichos valores deberán ser tenidos en cuenta al momento de dictar el correspondiente laudo”⁸⁸.

De acuerdo con lo anterior, la agente del Ministerio Público concluye, en su concepto, que “atendiendo a los elementos probatorios obrantes en el expediente, es procedente ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demandante”⁸⁹.

5.14. Audiencia de laudo

Mediante Auto No. 29 del 2 de abril de 2020, el Tribunal Arbitral fijó, como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de laudo de manera virtual, el día 28 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m.⁹⁰.

⁸⁸ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000450.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000391.

6. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

Según el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 y la modificación introducida por el inciso 5º del artículo 10 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020⁹¹, cuando las Partes no señalan en el pacto arbitral el término para la duración del proceso arbitral, éste será de 8 meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

En el presente caso, la primera audiencia de trámite finalizó el día 16 de enero de 2020⁹², fecha a partir de la cual inició el cómputo del mencionado término para proferir el laudo arbitral o la providencia que lo aclare, corrija o adicione. De esta manera, el término de duración del presente proceso arbitral se extiende hasta el día 16 de septiembre de 2020.

Así las cosas, el presente laudo arbitral es proferido dentro del término señalado en la ley.

II. CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

Procede el Tribunal en esta Sección a hacer una presentación de las cuestiones litigiosas que le han sido sometidas por parte de la Demandante en su reforma a la demanda (1), las cuales están basadas en los hechos contenidos en el mismo documento (2). A pesar de que entre el **BANCO** y **CONFIANZA** obró conciliación que extinguió los reclamos del primero al segundo, el Tribunal Arbitral considera importante para dar contexto a este laudo, hacer mención tanto a las excepciones de mérito formuladas en su momento por la Llamada en Garantía para dar contestación a la

⁹¹ Inciso 5º del artículo 10 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020: “En el arbitraje, el término previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 será de ocho (8) meses; y el término para solicitar la suspensión del proceso previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 no podrá exceder de ciento cincuenta (150) días. Los tribunales arbitrales no podrán suspender las actuaciones ni los procesos, a menos que exista imposibilidad técnica de adelantarlos por los medios electrónicos o virtuales señalados y una de las partes lo proponga”.

⁹² Cuaderno Principal No. 3, Folios 000390 a 000408.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

reforma de la demanda (3), como a la conciliación obtenida entre el Llamante en Garantía y la Llamada en Garantía, la cual, como fue anunciado en Auto No. 18 del 23 de octubre de 2019⁹³ tendrá un impacto en las decisiones que este Tribunal tomará en este laudo (4).

1. PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

Las pretensiones incoadas por la Parte Demandante en la reforma de la demanda son las siguientes:

“PRIMERA: Que se declare que la sociedad **FACELCO S.A.S.**, incumplió el Contrato Nro. CT0135 00621400 de “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué” celebrado el 21 de mayo de 2014, y los otros íes al mismo, de fecha 30 de marzo de 2015, 20 de agosto de 2015, 12 de noviembre de 2015, 30 de marzo de 2016 y 05 de septiembre de 2016, los cuales para todos los efectos hacen parte integral del contrato.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior pretensión, se condene a **FACELCO S.A.S.** sociedad comercial con NIT. 811.001.599-6, a pagar a favor del **BANCO DE LA REPÚBLICA** los perjuicios de todo orden que le causaron con el incumplimiento del Contrato Nro. CT0135 00621400 de 21 de mayo de 2014 cuyo objeto era el “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué” y de las cinco (5) prórrogas del contrato suscritas, resultante de las cantidades de obra que tuvo que contratar nuevamente el **BANCO DE LA REPÚBLICA** para la conclusión de los trabajos en las ciudades de Cúcuta, Girardot, Leticia, Pasto, Valledupar y Santa Marta y los valores estimados para la conclusión de los trabajos encomendados a la sociedad **FACELCO S.A.S.**, en las ciudades de Cartagena, Quibdó, Ibagué, Quibdó y Riohacha, por cuanto no fueron

⁹³ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000221 a 000229.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

realizadas ni ejecutadas por la parte convocada, así como los sobrecostos financieros, o costos de oportunidad en que ha incurrido mi mandante a fin de ejecutar el mencionado contrato, y que por ser contrataciones que se han venido efectuando en el año 2017 ascienden a la suma DOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES (sic) SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL (sic) PESOS M/CTE (\$2.774.267.783) valores que resultan discriminados así:

VALOR TRABAJOS CONCLUSIÓN PROYECTO

ITEM	SUCURSAL	VALOR INCLUIDO IVA
TRABAJOS APROBADOS EN PROCESO DE FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS		
1	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Cúcuta	\$ 336.297.201
2	Instalación Subestación Eléctrica Agencia Cultural de Girardot	\$ 231.845.907
3	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal Ibagué	\$ 247.504.854
4	Instalación Subestación Eléctrica Biblioteca Leticia	\$ 248.128.634
5	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal Pasto	\$ 273.625.632
6	Suministro e instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Quibdó	\$ 467.081.756
TRABAJOS NO APROBADOS O EN PROCESO DE CONTRATACIÓN		
1	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Riohacha	\$ 298.696.421
2	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Santa Marta	\$ 238.027.573
3	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Valledupar	\$ 283.368.731
4	Instalación Subestación Eléctrica Biblioteca Cartagena	\$ 149.691.074
1.0	TOTAL	\$ 2.774.267.783

TERCERA: Que se condene a la sociedad contratista **FACELCO S.A.S.** a pagar la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$497.674.634), correspondiente al valor cancelado por parte del **BANCO DE LA REPÚBLICA** y no ejecutado por la sociedad **FACELCO S.A.S.** Sumas discriminadas así:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

ITEM	DETALLE	VALOR TRABAJOS EJECUTADOS PENDIENTES DE PAGO	VALORES QUE ADEUDA FACELCO LTDA AL BANCO
1	Anticipo Pagado		637.993.316
2	Acta No. 1		127.727.967
3	Acta No. 2	175.060.786	
4	Acta No.3		164.035.616
5	Acta No.4		42.359.266
6	Trabajos Villavicencio e Ibagué	299.380.745	
1.0	TOTALES	\$ 474.441.531	\$ 972.116.165
2.0	SALDO A FAVOR DEL BANCO (ANTES IVA)		\$ 497.674.634

CUARTA: Que se condene a la sociedad **FACELCO S.A.S.** a pagar a título de pena, el equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) DEL VALOR TOTAL DEL CONTRATO Nro. CT0135 00621400 de Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco y de las cinco (5) prórrogas al contrato suscritas, por no haberlo ejecutado en su totalidad, de conformidad con lo señalado en la cláusula octava del referido instrumento que dispone: “Cláusula Penal: EL CONTRATISTA, para asegurar el cumplimiento debido y oportuno de las obligaciones que adquiere mediante este contrato, se sujeta a pagar a EL BANCO, a título de pena, el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del mismo, en caso de no ejecutar de manera total o ejecutar parcialmente tales obligaciones. Es entendido que por el pago de la pena no se extingue la obligación principal ni el derecho de EL BANCO a reclamar la indemnización de los perjuicios efectivamente sufridos cuyo monto no alcance a ser cubierto con el valor de la pena aquí estipulada. EL BANCO podrá compensar el valor de esta cláusula descontándola del precio que le adeude a EL CONTRATISTA. En caso de que tal suma no fuere suficiente, EL BANCO podrá cobrar ejecutivamente la parte insoluta, sin necesidad de requerimiento judicial para constituirlo en mora para lo cual no se aplicará lo dispuesto en la cláusula compromisoria. Todo lo anterior, sin perjuicio de que EL BANCO pueda hacer igualmente efectivas las garantías previstas en el presente contrato.

QUINTA: Que se ordene la liquidación final del Contrato Nro. CT0135 00621400 de 21 de mayo de 2014 de “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué” y de las cinco (5) prórrogas del

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

contrato suscritas, con la inclusión de todas y cada una de las pretensiones indemnizatorias relacionadas.

SEXTA: Que se condene a FACELCO S.A.S., al pago de las costas del trámite arbitral” (negritas en original)⁹⁴.

2. HECHOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

Los hechos de la reforma de la demanda⁹⁵ que sustentan las pretensiones antes citadas, son los que se transcriben a continuación:

1. El BANCO DE LA REPÚBLICA remitió carta de invitación DI-23164 de 03 de octubre de 2013 para presentar oferta a fin de ejecutar el contrato de “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena: Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué” a varias sociedades entre ellas a la sociedad FACELCO S.A.S. Invitación que fue aclarada por el Banco mediante comunicación DI24386 de 17 de octubre de 2013.

2. Conocidos los términos para la contratación de: “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué” -, la sociedad FACELCO S.A.S. remitió el 25 de octubre de 2013 propuesta económica de acuerdo al pliego de invitación; propuesta que fue aclarada mediante comunicación C-200/2013 de 27 de noviembre de 2013.

3. Una vez conocida la propuesta remitida por parte de FACELCO S.A.S., el BANCO DE LA REPUBLICA mediante comunicación DI-07518 de 01 de abril de 2014, informó a la sociedad contratista que mediante Acta de Comité de Compras Nro. 2.700 de 18

⁹⁴ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000315 a 000318 y 000359 a 000362.

⁹⁵ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000320 a 000334 y 000364 a 000378.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

de marzo de 2014 se dispuso aprobar la oferta de 25 de octubre de 2013, aclarada por esta misma sociedad el 27 de noviembre de 2013.

4. Así las cosas, el 21 de mayo de 2014, la sociedad FACELCO S.A.S. y el BANCO DE LA REPÚBLICA, suscribieron el contrato CT0135 00621400 de “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué”.

5. El plazo para la ejecución del contrato de “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué” se acordó en nueve (9) meses y el valor del mismo fue de \$2.012'212.592 más el IVA que se cause. Suma, que de acuerdo a lo pactado, sería pagadera así: (i) Anticipo, equivalente al 35% del valor total del contrato antes del IVA, es decir, la suma de \$704'274.407 y (ii) Buenas cuentas hasta completar el 95% del valor total del contrato de acuerdo con las entregas de los equipos y redes, previa suscripción y formalización de las actas parciales, debidamente aprobadas por el Departamento de Infraestructura de EL BANCO, descontando de cada una de ellas la amortización del anticipo, equivalente a un mínimo del 35%.

6. El 19 de mayo de 2014 la Compañía de Seguros Confianza, otorgó la póliza de responsabilidad civil extracontractual Nro. 05 RO041782, cuyo objeto de seguro era: “INDEMNIZAR EL DAÑO EMERGENTE ATRIBUIBLES AL ASEGURADO POR LESIONES O MUERTE CAUSADAS EXCLUSIVAMENTE A TERCERAS PERSONAS Y/O DAÑOS A LA PROPIEDAD DE TERCEROS, DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN DE CONTRATO Nro. CT 0135 006214300 RELACIONADO CON EL SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE SUBESTACIONES EN EDIFICIOS VARIOS DE EL BANCO (SUCURSALES, AGENCIAS CULTURALES Y/O BIBLIOTECAS EN LAS CIUDADES DE BUCARAMANGA, CARTAGENA MUSEO DEL ORO Y BIBLIOTECA BARTOLOME CALVO, CUCUTA, GIRARDOT, IBAGUE, VILLAVICENCIO, Y EN LA FÁBRICA DE LA MONEDA DE IBAGUE (sic)”, la cual se otorgó por 11 meses, por \$583.454.302.00 como valor asegurado y cuya vigencia se proyectó hasta el 05 de noviembre de 2016.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

7. El 20 de mayo de 2014 la Compañía de Seguros Confianza, otorgó la póliza de seguro de cumplimiento Nro. 05 CU081033, amparando: “LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL CONTRATO CTO135 006214300 RELACIONADO CON EL SUMINISTRO E INSTALACIONES DE SUBESTACIONES EN EDIFICIOS VARIOS DE EL BANCO (sic)” Así como, “EL AMPARO CALIDAD DEL SUMINISTRO HACE REFERENCIA AL AMPARO DE CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS”, la cual se otorgó por dos años contados a partir del acta de recibo y entera satisfacción por parte de la entidad contratante, los cuales se extendieron por \$2.733.355.080.oo como valor asegurado y cuya vigencia se proyectó hasta el 05 de septiembre de 2019.

8. El Acta de inicio del Contrato de Suministro e Instalación celebrado entre el BANCO DE LA REPÚBLICA y la sociedad FACELCO S.A.S., se efectuó el 12 de junio de 2014, con un plazo de 270 días, es decir que la fecha de terminación y entrega de los trabajos sería el 12 de marzo de 2015.

9. No obstante lo anterior, y previa solicitud presentada por la sociedad FACELCO S.A.S. de fecha 27 de noviembre de 2014, el BANCO DE LA REPÚBLICA mediante comunicación DI-03648 de 20 de febrero de 2015 informó que mediante Acta de Comité de Compras # 2.755 de 20 de enero de 2015, se había aprobado la ampliación del plazo del contrato en 90 días adicionales, esto es, el contrato tendría un nuevo plazo contractual de 360 días calendario, es decir, hasta el 10 de junio de 2015 inclusive. Así mismo, se indicó que se habían aprobado los siguientes emolumentos:

1. “La suma de Setenta y ocho millones cuatrocientos ochenta y siete mil cuatrocientos setenta y dos pesos (\$78.487.462.oo) M/cte., por concepto de menor valor por menores cantidades de obra.

2. La suma de Setenta y nueve millones setecientos treinta y siete mil setenta y cuatro pesos (\$79.737.074.oo) M/cte., más el IVA que se cause, por concepto de mayor valor por mayores cantidades de obra.

3. La suma de Setecientos trece millones quinientos cuarenta y cinco mil treinta y cuatro pesos (\$713.545.035.oo) M/cte., más el IVA que se cause, por concepto de mayor valor por obras adicionales”

En consecuencia, el valor total de los trabajos se incrementó en la suma de \$714.794.647.oo M/cte., más el IVA que se causare, para un valor total del contrato

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

de DOS MIL SETECIENTOS VEINTISIETE MILLONES SIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$2.727.007.239.00) M/cte., más IVA.

10. De acuerdo a lo anterior, las partes suscribieron el Otrosí #CT0135 00621401 de 30 de marzo de 2015 en el que se convino:

1. Modificar la cláusula primera del contrato, y establecer que el suministro y los trabajos de instalación previstos para la subestación ubicada en el Museo del Oro de EL BANCO en Cartagena no se llevarían a cabo.
2. Prorrogar la duración del contrato hasta el 10 de junio de 2015 inclusive
3. Modificar la cláusula quinta del contrato “Valor” en la forma descrita en el hecho octavo de la presente demanda.
4. Modificar la cláusula séptima del contrato “Garantías de seguro”, en el sentido de ajustar el valor y prorrogar la duración de las garantías de seguro.

11. Sin embargo, y dado que se seguían presentando retrasos en la entrega de los trabajos, por cuanto se encontraba pendiente la aprobación de los trámites radicados ante los diferentes operadores de red, el 28 de abril de 2015, la sociedad FACELCO S.A.S., solicitó una ampliación de tres (3) meses más, respecto del plazo establecido para la entrega de los trabajos a partir del 10 de junio de 2015.

12. Con base en lo anterior, mediante correo electrónico de 12 de junio de 2015, la sociedad FACELCO S.A.S. por intermedio del Ing. Rubén Darío Gutiérrez, remitió a la Ingeniera Sandra Patricia Escobar del BANCO DE LA REPÚBLICA, informe de estado de trabajos contratados a corte 09 de junio de 2015, de los que manifestaron que a esa fecha no se habían podido obtener los permisos de instalación y recibo final de las nuevas subestaciones en cada sitio de obra, pues se encontraba pendiente cumplir los requerimientos normativos y físicos realizados por las Empresas de Energía. Así mismo, se insistió en la solicitud de prorrogar el contrato suscrito.

13. Mediante correo electrónico de 13 de julio de 2015 FACELCO S.A.S. por intermedio del Ing. Rubén Darío Gutiérrez remitió a la Ingeniera Sandra Patricia Escobar del BANCO DE LA REPÚBLICA, informe de estado de trabajos contratados a corte 10 de junio de 2015, y nuevamente insistió en la solicitud de prorrogar el contrato celebrado.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

14. Posteriormente, el BANCO DE LA REPÚBLICA solicitó a la sociedad FACELCO S.A.S. remitir propuesta económica a fin de realizar “el suministro y adecuaciones en la subestación eléctrica y existente de la sucursal Ibagué. Invitación respecto de la cual FACELCO remitió propuesta mediante comunicación de 14 de agosto de 2015.

15. En razón de lo anterior, el BANCO DE LA REPÚBLICA en comunicación DI-13202 de 22 de junio de 2015 informó que mediante Acta de Comité de Compras # 2.777 de 26 de mayo de 2015, se había aprobado la ampliación del plazo del contrato en 90 días adicionales, esto es, el contrato tendría un nuevo plazo contractual de 450 días calendario, es decir, hasta el 10 de septiembre de 2015 inclusive.

16. La anterior aprobación se formalizó mediante Otrosí # CT135 00621402 de 30 de agosto de 2015 en el que se convino:

1. Prorrogar la duración del contrato hasta el 10 de septiembre de 2015 inclusive
2. Modificar la cláusula séptima del contrato “Garantías de seguro”, en el sentido de prorrogar la duración de las garantías de seguro.

17. Nuevamente, mediante comunicación de 30 de julio de 2015, recibida físicamente en el Banco de la República el 18 de agosto de 2015, la sociedad FACELCO S.A.S. solicitó ante el Banco una “ampliación plazo de entrega para proyecto suministro e instalación de subestaciones- edificios varios a nivel nacional”. Como sustento de lo anterior manifestaron: “De acuerdo a nuestra experiencia y la información que hemos recibido de dichas entidades sobre el tiempo que tomarán para impartir su aprobación a los proyectos y teniendo en cuenta que son requisito necesario para esta aprobación y así iniciar la instalación de las Subestaciones en cada sucursal, solicitamos una ampliación de cinco (5) meses en el plazo establecido para la entrega de trabajos a partir del 11 de septiembre de 2015.”

18. Respecto de la comunicación anteriormente señalada, la Ingeniera Sandra Patricia Escobar del Departamento de Infraestructura del Banco, remitió correo electrónico solicitando previo a considerar la ampliación del plazo, se informara respecto del avance de los trámites ante los respectivos Operadores de Red –OR-, cuántos proyectos ya habían sido entregados al OR, cuántos ya fueron respondidos por esas entidades, cuál era el trámite que seguía después de recibir la factibilidad y el tiempo estimado para este último.

19. Con ocasión de lo anterior, la sociedad FACELCO S.A.S. remitió informe de 05 de octubre de 2015 del estado actual de los trabajos contratados informando el trabajo

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

realizado, los equipos instalados y los trámites y actividades pendientes para la ejecución del contrato.

20. Así las cosas, mediante Otrosí CT135 00621403 de 12 de noviembre de 2015, las partes acordaron:

1. Modificar la cláusula cuarta del contrato y prorrogar la duración del mismo por 150 días más, para un nuevo plazo contractual de 600 días calendario, es decir, hasta el 08 de febrero de 2016.
2. Modificar la cláusula séptima del contrato “Garantías de seguro”, en el sentido de prorrogar la duración de las garantías de seguro.

21. Mediante correo electrónico de 23 de diciembre de 2015, la Ingeniera Sandra Patricia Escobar del Departamento de Infraestructura del Banco, solicitó a FALCELCO S.A.S. la remisión de una propuesta a fin de ejecutar los siguientes trabajos:

- “Calibración de los PTS y CTS de las celdas de medida en las sucursales de Bucaramanga, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Riohacha, Santa Marta, Valledupar, Quibdó y Leticia.
- El suministro de celdas adicionales según lo exigido por los operadores de red en la revisión de los proyectos, sin incluir la subestación de la Biblioteca de Cartagena.
- El suministro e instalación del transformador para la sucursal de Ibagué con las modificaciones que se requieren para las demás celdas”

Se estableció además que, la forma de pago por estos trabajos sería la misma pactada en el contrato esto es, 35% como anticipo, buenas cuentas y el saldo a la liquidación del contrato.

22. Conforme a lo anterior, la sociedad FALCELCO S.A.S. remitió oferta comercial por un valor total de \$244.812.243 IVA incluido y estimó como tiempo de entrega final un término de cuatro (4) meses para realizar los trabajos adicionales solicitados.

23. Posteriormente, mediante comunicación de 08 de febrero de 2016 el BANCO DE LA REPÚBLICA informó a la sociedad FALCELCO S.A.S. que mediante Acta de Comité de Compras 2823 de 02 de febrero de 2016 se dispuso aprobar lo siguiente:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

- La suma de SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHO MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$6.508.417, o M/CTE.) por concepto de menor valor por modificación de cantidades.

- La suma de CIENTO NOVENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$196.772.686,00 M/CTE.), más el IVA que se cause, por concepto de mayor valor por obras adicionales.

En consecuencia, se dispuso que el valor total de los trabajos, se incrementarían en la suma de CIENTO NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$190.264.269, o M/CTE), más el IVA que se cause. Para un valor total del contrato de DOS MIL NOVECIENTOS DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL QUINIENTOS OCHO PESOS (\$2.917.271.508 M/CTE.), más IVA.

24. Así mismo, en la citada comunicación se dispuso que se ampliaba el plazo para la ejecución del contrato en 150 días adicionales, por lo que el nuevo plazo contractual sería de 750 días, esto es, hasta el 07 de julio de 2016, inclusive.

25. La anterior aprobación se formalizó mediante Otrosí # CT135 00621404 de 30 de marzo de 2016 en el que se convino:

1. Prorrogar la duración del contrato hasta el 07 de julio de 2016 inclusive

2. Modificar la cláusula quinta del contrato “valor” (...) y tener como un nuevo valor total del contrato la suma de DOS MIL NOVECIENTOS DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL QUINIENTOS OCHO PESOS (\$2.917.271.508 M/CTE.), más el IVA que se cause.

3. Modificar la cláusula séptima del contrato “Garantías de seguro”, en el sentido de prorrogar la duración de las garantías de seguro.

26. Posteriormente, mediante comunicación de 27 de abril de 2016 la sociedad FALCELCO S.A.S. informó que se habían cedido todos los derechos económicos derivados del Contrato Nro. CT0135 00621400 de 21 de mayo de 2014 y de las cinco (5) prórrogas del contrato suscritas, al PATRIMONIO AUTÓNOMO FACELCO II, razón por la cual a partir de esa fecha todos los pagos, desembolsos o cualquier erogación que se causara a favor de FACELCO S.A.S. debía ser pagada directamente al Patrimonio Autónomo administrado por Alianza Fiduciaria. Cesión que fue aceptada

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

por el Banco teniendo en cuenta que solamente se hacía referencia a los derechos económicos del contrato y no al objeto del mismo, ni a las obligaciones pactadas.

27. Mediante comunicación de fecha 26 de mayo de 2016 el BANCO DE LA REPÚBLICA requirió a la sociedad FACELCO S.A.S. a fin de que remitieran a la mayor brevedad al BANCO la documental solicitada por los operadores de red de cada ciudad a fin de coordinar las maniobras de desenergización para los trabajos de instalación de las nuevas estaciones eléctricas, pues la demora en la remisión de los mismos ocasionaba retrasos importantes en el cronograma establecido para la instalación de las subestaciones.

28. Con ocasión de lo anterior, la sociedad contratista FACELCO S.A.S. presentó solicitud de ampliación del término de ejecución del contrato por dos (2) meses más, argumentando que ese era el tiempo suficiente para coordinar con los operadores de red y concluir los trabajos de instalación de las subestaciones.

29. En consecuencia, mediante comunicación de 15 de julio de 2016 el BANCO DE LA REPÚBLICA informó a la sociedad FACELCO S.A.S. que mediante Acta de Comité de Compras 2849 de 28 de junio de 2016 se dispuso aprobar lo siguiente:

- “La suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$56.865.657,00 M/CTE.) por concepto de menores cantidades de obra.

- La suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$45.491.875,00 M/CTE.), más el IVA que se cause, por concepto de actividades complementarias.

- La suma de ONCE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$11.373.782,00 M/CTE.), más el IVA que se cause, por concepto de valor disponible para la liquidación final del contrato. En consecuencia, el valor total del contrato no sufre modificación” (Negrillas minas).

Así mismo, se dispuso ampliar el plazo para la entrega de la totalidad de los trabajos en sesenta (60) días calendario, para un nuevo plazo de ejecución de 810 días calendario, esto es, hasta el 05 de septiembre de 2016 inclusive.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

30. La anterior aprobación se formalizó mediante Otrosí # CT135 00621405 de 5 de septiembre de 2016 en el que se convino:

1. Prorrogar la duración del contrato hasta el 5 de septiembre de 2016 inclusive.
2. Modificar la cláusula quinta del contrato “valor” en los términos indicados en el hecho anterior.
3. Modificar la cláusula séptima del contrato “Garantías de seguro”, en el sentido de prorrogar la duración de las garantías de seguro.

31. No obstante lo anterior, la sociedad FALCELCO S.A.S. remitió al BANCO DE LA REPÚBLICA comunicación calendada el 28 de julio de 2016 en la que expuso: *“De acuerdo a la fecha programada para la instalación y puesta en servicio final de la Subestación Eléctrica de la SUCURSAL LETICIA, informamos, que hasta hoy 28 de Julio de 2016 agotamos todas las posibilidades para generar cumplimiento al compromiso adquirido, teniendo programada y confirmada la logística con un cupo de 1400 Kilos en el transporte Aéreo, para el despacho de equipos, herramientas y materiales necesarios para la ejecución de las actividades indicadas en la referencia.*

Desafortunadamente y por motivos de desembolso de dineros esperados de terceros, no se obtuvo el recurso económico a tiempo para cancelar los servicios de transporte indicado, al igual que para el pago del desplazamiento del personal a sitio de obra, motivo por el cual presentamos nuestras más sinceras disculpas por el incumplimiento en la entrega y ejecución de las actividades programadas”.

32. En respuesta a la anterior comunicación de 1o de agosto de 2016, el BANCO DE LA REPÚBLICA recomendó establecer las acciones necesarias a fin de cumplir con el cronograma establecido y de esta manera no generar la afectación de los plazos establecidos en el contrato.

33. Mediante acta de reunión de 10 de agosto de 2016 se dejó constancia por las partes que *“la firma contratista Facelco manifiesta que tiene inconvenientes para terminar el alcance definido en el contrato en la fecha estipulada. De acuerdo a lo anterior, el cronograma previsto no se va a poder cumplir. La firma se compromete con el Banco a informar en el momento en que se solucionen los inconvenientes y se pueda establecer un nuevo cronograma. La firma contratista tiene claridad sobre las penalizaciones que se establecen en el contrato por el incumplimiento en las fechas de entrega”.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

34. De acuerdo a lo anterior, mediante acta de seguimiento de 31 de agosto de 2016, la sociedad FACELCO presentó el cronograma de trabajos, sin embargo, la sociedad contratista no cumplió con los trabajos ni con las fechas estimadas.

35. Debido a lo anterior, el 08 de septiembre de 2016 la Ingeniera Sandra Patricia Escobar del Departamento de Infraestructura del Banco, remitió correo electrónico solicitando la cancelación de la maniobra coordinada, por cuanto la sociedad contratista FALCELCO S.A.S. no cumplió con los compromisos establecidos en cuanto a iniciar los trabajos para el montaje de la subestación en la Sucursal de Villavicencio. En consecuencia, la firma contratista se comprometió a entregar un nuevo cronograma de actividades.

36. Así las cosas, la sociedad FALCELCO S.A.S. remitió al BANCO DE LA REPÚBLICA comunicación de fecha 22 de noviembre de 2016 por medio de la cual hicieron entrega del cronograma de actividades y programación de la instalación y puesta en servicio de las Subestaciones Eléctricas, e indicaron que se proyectaba terminar y cumplir para el día 31 de marzo de 2017 con la instalación y entrega final del proyecto de acuerdo al cronograma remitido.

37. Posteriormente, mediante comunicación de 27 de noviembre de 2016 la sociedad FALCELCO S.A.S. informó que para poder terminar completamente los trabajos de instalación y puesta en funcionamiento de los equipos en las diferentes sedes, se requería de la aprobación de elementos adicionales producto de la revisión inicial efectuada en cada sucursal, por lo que consideraban se requería de un tiempo adicional de 90 días calendario para el plazo de entrega.

38. Recibida la anterior comunicación, el BANCO DE LA REPÚBLICA dio respuesta a la misma mediante Oficio DI 00936 de 18 de enero de 2017 en la que manifestó que el término para la ejecución contractual se encontraba vencido quedando pendiente la ejecución de algunas de las obligaciones pactadas, luego, habiendo realizado una evaluación a la propuesta desde los puntos de vista técnico, jurídico y financiero, se determinó que era imposible para el Banco aceptar los términos propuestos, por lo que se procedería a adelantar los trámites correspondientes a fin de liquidar el contrato.

39. Posteriormente, mediante acta de reunión de 9 de febrero de 2017, el BANCO DE LA REPÚBLICA puso de presente a la sociedad contratista los tres (3) escenarios posibles a fin de poder ejecutar el contrato sin tanto traumatismo. Hecho que se ratificó mediante correo electrónico de 10 de febrero de 2017.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

40. De igual forma, el BANCO en comunicación de 02 de mayo de 2017, en atención a que los transformadores que habían sido instalados por parte de la sociedad FALCELCO S.A.S. no cumplían con las especificaciones acordadas en el Contrato, reiteró lo solicitado en comunicaciones de 04 de marzo de 2015, 06, 09 y 10 de julio de 2015, respecto de retirar de las instalaciones del BANCO DE LA REPÚBLICA los transformadores entregados en los edificios de Cúcuta, Girardot, Ibagué, Leticia, Pasto, Riohacha y Santa Marta.

41. De acuerdo a lo anterior, la sociedad FALCELCO S.A.S. no cumplió con Contrato Nro. CT0135 00621400 de “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué” celebrado el 21 de mayo de 2014, y los otros íes al mismo, de fecha 30 de marzo de 2015, 20 de agosto de 2015, 12 de noviembre de 2015, 30 de marzo de 2016 y 05 de septiembre de 2016, los cuales para todos los efectos hacen parte integral del contrato.

42. En consecuencia, el BANCO DE LA REPÚBLICA mediante comunicación DI 16535 de 09 de agosto de 2017 remitió nuevamente invitación para presentar oferta a efectos de concluir los trabajos que habían sido encomendados a la sociedad FACELCO S.A.S. en las ciudades de Cúcuta, Girardot, Leticia, Pasto, Valledupar y Santa Marta, y que no fueron realizadas ni ejecutadas por la parte convocada, sin embargo, por ser contrataciones que se han venido efectuando en el año 2017 las mismas presentan sobrecostos financieros bastante altos en relación con lo que se había estimado para la ejecución de las obras y en las que ha incurrido mi mandante a fin de terminar de ejecutar el contrato que fue incumplido por parte de la sociedad la sociedad FALCELCO S.A.S.

43. Las contrataciones que se han venido efectuando en el año 2017 ascienden a la suma DOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS M/CTE (\$2.774.267.783) valores que resultan discriminados así:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

VALOR TRABAJOS CONCLUSIÓN PROYECTO

ITEM	SUCURSAL	VALOR INCLUIDO IVA
TRABAJOS APROBADOS EN PROCESO DE FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS		
1	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Cúcuta	\$ 336.297.201
2	Instalación Subestación Eléctrica Agencia Cultural de Girardot	\$ 231.845.907
3	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal Ibagué	\$ 247.504.854
4	Instalación Subestación Eléctrica Biblioteca Leticia	\$ 248.128.634
5	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal Pasto	\$ 273.625.632
6	Suministro e instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Quibdó	\$ 467.081.756
TRABAJOS NO APROBADOS O EN PROCESO DE CONTRATACIÓN		
1	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Riohacha	\$ 298.696.421
2	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Santa Marta	\$ 238.027.573
3	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Valledupar	\$ 283.368.731
4	Instalación Subestación Eléctrica Biblioteca Cartagena	\$ 149.691.074
1.0	TOTAL	\$ 2.774.267.783

44. El BANCO DE LA REPÚBLICA entregó a la sociedad contratista FACELCO S.A.S. la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$497.674.634), suma que no fue ejecutada por la sociedad FACELCO S.A.S., y, por ende, la sociedad Demandada adeuda este valor al Banco, más los correspondientes rendimientos financieros correspondientes. Suma que corresponde al valor adeudado al Banco, después de descontar los dineros que fueron retenidos a la sociedad FACELCO S.A.S., las cuales se discriminan así:

ITEM	DETALLE	VALOR TRABAJOS EJECUTADOS PENDIENTES DE PAGO	VALORES QUE ADEUDA FACELCO LTDA AL BANCO
1	Anticipo Pagado		637.993.316
2	Acta No. 1		127.727.967
3	Acta No. 2	175.060.786	
4	Acta No.3		164.035.616
5	Acta No.4		42.359.266
6	Trabajos Villavicencio e Ibagué	299.380.745	
1.0	TOTALES	\$ 474.441.531	\$ 972.116.165
2.0	SALDO A FAVOR DEL BANCO (ANTES IVA)		\$ 497.674.634

3. CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA PRESENTADA POR LA LLAMADA EN GARANTÍA

La Llamada en Garantía presentó oportunamente contestación de la reforma de la demanda⁹⁶, en la que propuso las siguientes excepciones de mérito:

“Frente a la póliza de cumplimiento No. 05 CU081033:

1. Ausencia de acreditación del siniestro y su cuantía”. Esta excepción comprende: “Falta de prueba de los perjuicios derivados del incumplimiento” y “Falta de prueba de la entrega del anticipo y su no inversión”.

“2. Ausencia de cobertura de la cláusula penal”.

“3. Límite de responsabilidad de la aseguradora”.

“4. Compensación”.

“5. Improcedencia de condena por intereses moratorios del art. 1053 del C. de Co.”.

“6. Improcedencia de la afectación de la Póliza No. 05 RO041782”.

4. CONCILIACIÓN ENTRE EL BANCO Y CONFIANZA EN RELACIÓN CON EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El **BANCO** –Llamante en Garantía– y **CONFIANZA** –Llamada en Garantía–conciliaron todas las controversias relacionadas con el llamamiento en garantía⁹⁷, en la que acordaron lo siguiente:

“1) Con la celebración del presente acuerdo conciliatorio, el BANCO DE LA REPÚBLICA y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA acuerdan que ponen término a todas las controversias que se originaron con ocasión

⁹⁶ Cuaderno Principal No. 2, Folios 000002 a 000023.

⁹⁷ Cuaderno Principal No. 2, Folios 000219 a 000220; y Cuaderno Principal No. 3, Folios 000039, 000042 y 000178 a 000179.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

del llamamiento en garantía realizado por el BANCO DE LA REPÚBLICA a CONFIANZA en el proceso arbitral con radicado No. 15612, controversias que se encuentran contenidas en el escrito de llamamiento en garantía, la contestación a la reforma de demanda presentada por CONFIANZA y el memorial de pronunciamiento del BANCO DE LA REPÚBLICA sobre las excepciones de mérito propuestas por CONFIANZA.

2) CONFIANZA se obliga a pagar a favor del BANCO DE LA REPÚBLICA la suma de **OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$831.810.217,00)**, dentro de los veinte (20) días calendarios siguientes, contados a partir de la fecha del auto que apruebe la presente conciliación. La anterior suma de dinero se discrimina, así:

a) Por concepto de amparo de cumplimiento, la suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS DIEZ PESOS (\$362.184.810,00)**.

b) Por concepto de amparo de anticipo, la suma de **TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$387.815,190,00)**.

c) Por concepto de amparo de calidad de suministros, la suma de **OCHENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$81.810.217,00)**.

3) CONFIANZA se obliga a pagar la suma de **CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$59.127.482,40)**, por concepto de los honorarios y gastos del Tribunal por la conciliación, suma que pagará mediante transferencias bancarias individuales en la proporción que indique el Tribunal mediante providencia a cada uno de los tres árbitros DIANA XIMENA CORREA ÁNGEL, JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO y ROBERTO BORRÁS POLANÍA, el secretario PHILIP FRANK RUIZ AGUILERA y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. La anterior suma de dinero deberá ser pagada dentro de los veinte (20) días siguientes, contados a partir de la fecha del auto que apruebe la presente conciliación”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

La mentada conciliación fue aprobada por el Tribunal Arbitral a través del Auto No. 16 del 22 de octubre de 2019⁹⁸, previa aprobación del Comité de Conciliación del **BANCO** (extractos de las Actas No. 41 del 12 de abril de 2019⁹⁹ y 43 del 29 de agosto de 2019¹⁰⁰) y concepto favorable de la señora agente del Ministerio Público, rendido el 11 de septiembre de 2019¹⁰¹. Esta conciliación terminó el proceso arbitral frente a **CONFIANZA** y, en consecuencia, cesaron las funciones del Tribunal en relación únicamente con las controversias sometidas a su conocimiento con ocasión de llamamiento en garantía.

Se advierte que, una vez aprobada la anterior conciliación, la Demandante solicitó al Tribunal el ajuste de las pretensiones de la demanda arbitral con el fin de aplicar el resultado de la conciliación¹⁰². Mediante el Auto No. 18 del 23 de octubre de 2019, el Tribunal rechazó la mencionada solicitud debido a que la misma constituía una reforma de la demanda y, anteriormente, el **BANCO** ya había hecho uso de dicha figura¹⁰³.

No obstante, en el Auto No. 20 del 12 de noviembre de 2019¹⁰⁴, al desatar el recurso de reposición contra el mencionado Auto No. 18, el Tribunal precisó lo siguiente

“7. Ahora bien, en cuanto a los eventuales efectos de la conciliación entre la llamante y la llamada en garantía frente a las pretensiones de la demanda principal, el Tribunal advierte que las consideraciones respectivas no se harán en este momento procesal acudiendo a la figura procesal de la fijación del litigio, sino que se harán en el laudo que ponga fin a este proceso, una vez se haya adelantado la instrucción del mismo, que es el momento procesal para hacerlo”¹⁰⁵.

⁹⁸ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000180 a 000195.

⁹⁹ Cuaderno Principal No. 2, Folios 000267 a 000268 y 000274 a 000276 vuelto.

¹⁰⁰ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000040 a 000041 y 000043 a 000044.

¹⁰¹ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000074 a 000091.

¹⁰² Cuaderno Principal No. 3, Folios 000195 a 000197 y 000202 a 000207.

¹⁰³ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000221 a 000229.

¹⁰⁴ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000243 a 000249.

¹⁰⁵ Cuaderno Principal No. 3, Folio 000248.

En este sentido, el Tribunal, de considerarlo pertinente, entrará a decidir en la Sección que sigue, el impacto de la Conciliación en las pretensiones de la Demandante.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En esta Sección, el Tribunal se ocupará de analizar los presupuestos procesales que entornan este arbitraje (1), analizará las diferentes pretensiones formuladas por el Demandante para, acto seguido, entrar a resolverlas (2) y, finalmente, presentará el Tribunal un análisis de las costas derivadas de este trámite arbitral (3).

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Del recuento efectuado en los apartes precedentes, se observa que en este trámite se encuentran reunidos los presupuestos procesales (competencia, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso y demanda en forma)¹⁰⁶, que son los requisitos necesarios para poder proferir una decisión de mérito sobre las pretensiones de la demanda.

En efecto, este Tribunal es competente para conocer y decidir en derecho sobre las controversias sometidas a su consideración en virtud de la cláusula compromisoria, tal

¹⁰⁶ La Corte Suprema de Justicia ha puntualizado lo siguiente acerca de los presupuestos procesales: “Trátase de elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. No conciernen a la relación jurídica sustancial controvertida, *causa petendi*, *petitum*, ni a la legitimación en causa, aptitud o interés específico para deducir, controvertir o soportar la pretensión, cuestiones todas del derecho sustancial (CXXXVIII, 364/65), sino a “*los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido*” del proceso (sentencia del 14 de agosto de 1995 exp. 4268), esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso, en tanto, el derecho de acción es una condición de la providencia favorable de la *litis contestatio* (LIX, 818; LXXV, 158 y XXVI, 93). La omisión o deficiencia de los presupuestos procesales, según se trate, conduce a la nulidad del proceso o a un fallo inhibitorio y, en este último caso, no exime al juzgador del deber de proferir una providencia indicativa de las razones por las cuales no define el mérito de la controversia (cas. civ. 21 de julio de 1954, LXXVIII, 2144, 104, 19 de agosto de 1954, 348, 21 de febrero de 1966)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de julio de 2008, M.P. William Namén Vargas, Expediente 68001-3103-006-2002-00196-01).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

como se señaló en su momento en el Auto No. 22 del 16 de enero de 2020 – providencia que declaró la competencia del Tribunal–, sin que se interpusiera recurso alguno en su contra.

Además, cabe destacar que desde dicha providencia y hasta la fecha no se ha presentado ninguna circunstancia excepcional que amerite señalar lo contrario, de ahí que se reafirma y se mantiene la competencia en este proceso arbitral. Igualmente, se reitera que el presente laudo que pone fin al litigio existente entre las Partes se profiere dentro del término hábil para su pronunciamiento, tal como se resaltó en líneas precedentes.

En cuanto a las Partes, ellas están constituidas por personas jurídicas cuya existencia y representación legal están debidamente acreditadas en el proceso, y la Demandante ha concurrido a este proceso por intermedio de su apoderado judicial debidamente constituido, con lo cual, de un lado, está debidamente acreditada la capacidad para ser parte y aquella para comparecer al proceso de las Partes y, del otro lado, el *ius postulandi* de la Demandante, dado que se recuerda que la Demandada no ha comparecido a defender sus intereses en este proceso arbitral a pesar de haber sido notificada en debida forma del Auto No. 2 del 11 de julio de 2018 que admitió la demanda arbitral, de conformidad con lo previsto en los artículos 291 y 292 del CGP¹⁰⁷.

En lo que concierne a la demanda, se advierte que reúne los requisitos legales, tal como se destacó en el Auto No. 2 del 11 de julio de 2018 que admitió la misma¹⁰⁸. Adicionalmente, cabe precisar que la demanda se presentó en tiempo. En efecto, la demanda se presentó dentro del correspondiente término de caducidad toda vez que el Contrato número CT0135-00621400 de fecha 21 de mayo de 2014 celebrado entre la Demandante y la Demandada terminó el 5 de septiembre de 2016, según lo dispuesto en el Otrosí No. CT0135-00621405 del 5 de septiembre de 2016¹⁰⁹, en tanto

¹⁰⁷ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000200 a 000209 y 000220 a 000230.

¹⁰⁸ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000167 a 000168.

¹⁰⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000139 a 000140 vuelto; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000139 a 000140 vuelto.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

que la convocatoria del presente Tribunal fue presentada el 9 de marzo de 2018¹¹⁰, esto es, dentro de los dos años que prevé la ley.

En suma, se destaca que, por un lado, oportunamente al agotarse la etapa probatoria y aquella de alegatos de conclusión se surtieron los controles de legalidad de la actuación surtida hasta ese momento en el presente proceso, sin que las Partes pusieran de presente la existencia de causales de nulidad u otras irregularidades, tal como fue declarado en los Autos No. 27 del 21 de febrero de 2020¹¹¹ y el Auto No. 30 del 2 de abril de 2020¹¹²; y, por otro lado, a la fecha se encuentran reunidos los requisitos necesarios para la validez del presente proceso y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales, por lo que no se advierte causal alguna de nulidad procesal u otra irregularidad que impida proferir decisión de fondo en el presente proceso arbitral.

2. CONSIDERACIONES DE FONDO

El Tribunal analizará en un primer momento el régimen legal aplicable al Contrato, así como las modificaciones al mismo a las que hubo lugar a lo largo de su ejecución (2.1), lo que le permitirá entrar a determinar si de las pruebas recaudadas durante este proceso **FACELCO** incumplió o no el Contrato (2.3), si dichos incumplimientos, de existir, generaron un perjuicio al **BANCO** que sea susceptible de ser indemnizado (2.4), si el **BANCO**, dadas las circunstancias anteriores, tendría derecho a reclamar el reembolso del anticipo pretendidamente no ejecutado por **FACELCO** (2.5), así como la cláusula penal (2.6) y, si para efectos de la liquidación del Contrato que es solicitada a este Tribunal, hay algún tipo de suma a ser restituida (2.7). Antes de entrar de lleno al estudio de las principales cuestiones solicitadas a este Tribunal y descritas arriba a partir del punto (2.3) al (2.7), el Tribunal consagrará unas líneas al análisis del acuerdo conciliatorio entre el Llamante en Garantía y la Llamada en Garantía con el ánimo de

¹¹⁰ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000001 a 000038.

¹¹¹ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000240 a 000241.

¹¹² Cuaderno Principal No. 4, Folios 000392 a 000393.

determinar el impacto del mismo en las decisiones que serán tomadas a lo largo de estas consideraciones (2.2).

2.1. Régimen legal aplicable al Contrato y modificaciones contractuales

El Contrato aportado como fuente de las obligaciones cuyo cumplimiento se reclama fue celebrado entre el **BANCO DE LA REPÚBLICA**, como contratante, y la sociedad **FACELCO S.A.S.**, como contratista. El **BANCO**, al tenor de lo previsto en los artículos 371 y 372 de la Constitución Nacional, se organizará como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, “sujeto a un régimen legal propio”, y el Congreso expedirá la ley a la cual deberá ceñirse para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá los estatutos del **BANCO**, en los que se determinen, entre otros aspectos, “la forma de su organización, su régimen legal, el funcionamiento de la junta directiva y del manejo de administración, el período del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas, las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades” (comillas y subrayas fuera del texto).

En cumplimiento de las disposiciones constitucionales mencionadas, el legislador expidió la Ley 31 de 1992, en la que se dispuso:

Artículo 1o. NATURALEZA Y OBJETO. El Banco de la República es una persona jurídica de derecho público, continuará funcionando como organismo estatal de rango constitucional, con régimen legal propio, de naturaleza propia y especial, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica. El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Constitución Política y en la presente Ley.

Artículo 3o. RÉGIMEN JURÍDICO. El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirá exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en esta Ley y en los Estatutos. En los casos no previstos por aquellas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

El Banco podrá realizar todos los actos, contratos y operaciones bancarias y comerciales en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, esta Ley y sus Estatutos (subrayas fuera del texto).

Los estatutos del **BANCO** fueron expedidos por el Gobierno Nacional en el Decreto 2520 del 14 de diciembre de 1993¹¹³, el cual lo facultó para expedir el Estatuto de Contratación, en el artículo 34 I), siendo adoptado mediante la Resolución Interna No. 2, del 23 de julio de 2010¹¹⁴.

Dicho Estatuto estableció en el artículo 2º, su régimen de contratación, en los siguientes términos: “*A los contratos sujetos al presente régimen se aplicarán, en lo no previsto en éste, **las normas de derecho privado y las demás disposiciones que lo regulan***” (cursiva y negrilla fuera de texto).

No obstante lo anterior, cabe destacar que la Ley 1150 de 2007 puntualizó lo siguiente frente a los contratos que celebran aquellas entidades estatales que no están sujetas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993,

¹¹³ Artículo 1º del Decreto 2520 de 1993: “Nombre, naturaleza y objeto. El Banco de la República es una persona jurídica de derecho público, continuará funcionando como organismo estatal de rango constitucional, con régimen legal propio, de naturaleza propia y especial, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica. El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Constitución Política, en la Ley 31 de 1992 y en estos Estatutos”.

Artículo 3º del Decreto 2520 de 1993: “Régimen jurídico. El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirán exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en la Ley 31 de 1992 y en estos Estatutos. En los casos no previstos por aquéllas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado.

Por su naturaleza propia y especial, su autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y por expreso mandato constitucional que determina la existencia de un régimen legal propio al Banco de la República no le será aplicable el régimen de las entidades descentralizadas, determinado principalmente por los Decretos 1050, 2400, 3074, 3130 y 3135 de 1968, 128 y 130 de 1976 y la Ley 80 de 1993, o por aquellas normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, salvo las excepciones previstas en la Ley 31 de 1992. El Banco podrá realizar todos los actos, contratos y operaciones bancarias y comerciales en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, la Ley 31 de 1992 y estos Estatutos”.

¹¹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000364 a 000382.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Ley 1150 de 2007 y demás disposiciones legales vigentes—, tal como es el caso del **BANCO DE LA REPÚBLICA**, de acuerdo con lo antes precisado:

Artículo 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Acerca de esta disposición de la Ley 1150 de 2007, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹⁵ ha señalado lo siguiente:

“En Colombia la revisión del proceso de huida del derecho administrativo, en materia contractual, la representó la Ley 1150 de 2007 –aunque otras leyes, en sectores concretos y puntuales, pretendieron lo mismo–, porque detuvo parcialmente y moderó el avance de ese fenómeno, dando lugar a una nueva etapa en su desarrollo. Las principales respuestas que dio la nueva legislación fueron: De un lado, llamó al ámbito de la Ley 80 a organismos que habían “huido” en los años 90 –arts. 20, 24 y 26–, haciendo que nuevamente se rigieran por la normativa pública. De otro lado, las entidades estatales a las cuales se les conservó el régimen contractual de derecho privado –entre ellas las Empresas Sociales del Estado–, y por tanto mantuvieron la exclusión de la Ley 80, quedaron limitadas por la nueva filosofía fiscalizadora de la conveniencia de mantener esa exclusión. El artículo 13 reaccionó, exigiendo que las entidades excluidas de la Ley 80 apliquen en la actividad contractual: i) los principios de la función administrativa, ii) los principios de la gestión fiscal y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades¹¹⁶.

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Radicado No. 13001-23-31-000-2000-00341-01 (25.801).

¹¹⁶ “Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

El último aspecto destacado atrás significa que a partir de la Ley 1150 las entidades no regidas por la Ley 80 tienen claridad absoluta –propia del positivismo jurídico- sobre la mezcla de ordenamientos jurídicos que deben realizar para celebrar los contratos estatales. Sin embargo, antes de expedirse aquella ley la obligación ya existía, pero fue la doctrina, los órganos de control y los operadores jurídicos comunes quienes reclamaban -pero en forma dispersa y desordenada- que en esas instituciones también se debían aplicar los principios constitucionales, sólo que no hubo conclusiones al respecto¹¹⁷. El art. 13 desmaterializó la discusión, de ahí que la resistencia ilustrada, pero inconstitucional, que ejercían algunas entidades excluidas de la Ley 80 desapareció, porque el legislador se apropió de la controversia, y la decidió.

El resultado que produjo esta combinación de normas de derecho privado con principios constitucionales es lo que experimentan las entidades excluidas, porque la pureza del derecho privado no la pueden aplicar, so pena de trasgredir los principios constitucionales. No obstante, esto tampoco significa que el régimen contractual de esas

cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

¹¹⁷ En Huida y vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios Transformaciones – Tendencias del Derecho Administrativo, David Suárez Tamayo sostiene: “Se concluye del estudio y análisis de los cuatro autores citados, y de algunos de los expertos consultados (pues no todos admitieron el concepto de la huida), que hay un reconocimiento de la figura de la huida de lo público a lo privado, entendida como un desplazamiento de ciertas actividades y servicios del sector público al privado, o del régimen jurídico administrativo al privado, pero este grupo, autores y expertos, en su gran mayoría destacó que ello no significa en ninguna medida que se pueda hablar de crisis o desaparición de lo público o del Derecho administrativo, sino más bien de una mutación, de un reacomodamiento, de una rematerialización de los conceptos; y hay una tendencia mayoritaria a considerar que el Derecho privado es menos garantista, y menos protector de principios por los que debe velarse como el interés general, la publicidad y la concurrencia.

“Debe advertirse que todos esos casos en los que se reseña una posible manifestación de huida de lo público a lo privado, sirven como contra – ejemplo para sostener la vigencia del Derecho administrativo en Colombia, pues allí se combina la supuesta privatización de lo público, con otro fenómeno que es la publicitación, o la administrativización de lo privado, dado que si bien se entregan algunas funciones, actividades y servicios a los particulares, estos de todas maneras siguen sometidos a normas de Derecho público – administrativo, como mínimo, en materia de regulación, vigilancia, inspección, principios, procedimientos, controles y responsabilidades” –Ed. Universidad de Antioquia. Medellín. 2010. Págs. 101 y 102–.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

entidades haya pasado a ser la Ley 80, porque de ninguna manera se dispuso algo semejante. [...]”.

Por su parte, **FACELCO S.A.S.**, es una Sociedad Simplificada por Acciones, cuyo régimen legal es el previsto en la Ley 1258 de 2008, el Código de Comercio, y en lo no previsto en esta legislación, en la normatividad que rige el derecho privado, y cuya existencia y representación están debidamente probados en el expediente con el certificado de la Cámara de Comercio correspondiente.

De suerte que el Contrato fue celebrado por dos personas jurídicas, legalmente constituidas y plenamente facultadas para contratar, que se rigen en materia contractual por el derecho privado, esto es, por tanto, por el Código de Comercio y por la remisión que realiza el artículo 822 de ese estatuto al Código Civil, y en consecuencia le son aplicables los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, *“sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindir, salvo que la ley expresamente lo impida o lo mande de otro modo; y por consiguiente es sólo en el caso de que sobre tales aspectos no haya regulación en los dos ordenamientos en cuestión que se ha de acudir primero a la analogía de las normas comerciales, allí sí según la directriz que traza el artículo 1^o118 ibídem”* (cursiva fuera de texto)¹¹⁹.

Sin embargo, se recuerda que, además del derecho privado, también debe tenerse en cuenta en ese régimen contractual aquello prescrito en el citado artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es “(...) los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso”, así como el “(...) régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

¹¹⁸ C. de Co., Art. 1º: “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y en los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de agosto de 2001, Expediente 5791. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Ahora bien, el Contrato objeto de controversia en este proceso arbitral es el Contrato No. CT0135-00621400 de fecha 21 de mayo de 2014¹²⁰ celebrado entre el BANCO y FACELCO cuyo objeto consiste en el “suministro e instalación de subestaciones en edificios varios de EL BANCO (Sucursales, Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Museo del Oro y Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué)”¹²¹. Este Contrato se pactó con una duración inicial de “nueve (9) meses, contados a partir de la fecha citada en el acta de iniciación respectiva, previa formalización del contrato”, según la cláusula cuarta. Así, el Acta de Iniciación del Contrato fue de fecha 12 de junio de 2014, en la que se previó que la fecha de entrega de los trabajos sería el día 12 de marzo de 2014¹²².

No obstante, en esa la referida cláusula cuarta se acordó que “El contrato podrá ser prorrogado por las partes de común acuerdo, expresado por escrito, hasta por el término máximo previsto en el Régimen General de Contratación de El BANCO”. De esta manera, el Contrato tuvo 5 ampliaciones en su plazo de ejecución que se acordaron en los siguientes cinco (5) Otrosíes, así:

a) Otrosí No. CT0135-00621401 de 30 de marzo de 2015¹²³, en el que se prorroga el Contrato en 90 días calendarios, es decir, hasta el 10 de junio de 2015, inclusive¹²⁴.

¹²⁰ Cuaderno Pruebas No.1, Folios 000028 a 000032; y Cuaderno Pruebas No. 2, Folios 000044 a 000048.

¹²¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000028 a 000032; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000044 a 000048.

¹²² Cuaderno Pruebas No. 1, Folio 000053; y Cuaderno Pruebas No. 2, Folio 000053.

¹²³ Cuaderno Pruebas No.1, Folios 000057 a 000058 vuelto; y Cuaderno Pruebas No. 2, Folios 000057 a 000058 vuelto.

¹²⁴ Cuaderno Pruebas No. 1, Folios 000054 a 000056; y Cuaderno Pruebas No. 2, Folios 000054 a 000056.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

- b) Otrosí No. CT0135-00621402 de 20 de agosto de 2015¹²⁵, en el que se prorroga el Contrato en 90 días calendarios, es decir, hasta el 10 de septiembre de 2015, inclusive¹²⁶.
- c) Otrosí CT0135-00621403 de 12 de noviembre de 2015¹²⁷, en el que se prorroga el Contrato en 150 días calendarios, es decir, hasta el 8 de febrero de 2016, inclusive¹²⁸.
- d) Otrosí No. CT0135-00621404 de 30 de marzo de 2016¹²⁹, en el que se prorroga el Contrato en 150 días calendarios, es decir, hasta el 7 de julio de 2016, inclusive¹³⁰.
- e) Otrosí No. CT0135-00621405 de 5 de septiembre de 2016¹³¹, en el que se prorroga el Contrato en 60 días calendarios, es decir, hasta el 5 de septiembre de 2016, inclusive¹³².

¹²⁵ Cuaderno Pruebas No.1, Folios 000076 a 000076 vuelto; y Cuaderno Pruebas No. 2, 000076 a 000076 vuelto.

¹²⁶ Cuaderno Pruebas No. 1, Folio 000072; y Cuaderno Pruebas No. 2, Folio 000072.

¹²⁷ Cuaderno Pruebas No.1, Folios 000095 a 000095 vuelto; y Cuaderno Pruebas No. 2, Folios 000095 a 000095 vuelto.

¹²⁸ Cuaderno Pruebas No. 1 , Folio 000094; y Cuaderno Pruebas No. 2, Folio 000094.

¹²⁹ Cuaderno Pruebas No.1, Folios 000122 a 000123 vuelto; y Cuaderno Pruebas No. 2, Folios 000122 a 000123 vuelto.

¹³⁰ Cuaderno Pruebas No. 1, Folios 000119 a 000121; y Cuaderno Pruebas No. 2, Folios 000119 a 000121.

¹³¹ Cuaderno Pruebas No. 1, Folios 000139 a 000140 vuelto; y Cuaderno Pruebas No. 2, Folios 000139 a 000140 vuelto.

¹³² Cuaderno Pruebas No. 1, Folios 000133 a 000133 vuelto; y Cuaderno Pruebas No. 2, Folios 000133 a 000133 vuelto.

2.2. Pronunciamiento sobre el Acuerdo Conciliatorio entre el Llamante en Garantía y la Llamada en Garantía y su impacto en las pretensiones que subsisten con respecto al Demandado

Para determinar el problema jurídico que debe resolver el Tribunal, es indispensable esclarecer previamente los efectos jurídicos que irradia el acuerdo conciliatorio celebrado entre el Llamante en Garantía, el **BANCO**, y la Llamada en Garantía, **CONFIANZA**, sobre la relación jurídico material debatida entre la Demandante y **FACELCO**, máxime cuando por Auto No. 20 del 12 de noviembre de 2019¹³³, el Tribunal precisó lo siguiente:

“7. Ahora bien, en cuanto a los eventuales efectos de la conciliación entre la llamante y la llamada en garantía frente a las pretensiones de la demanda principal, el Tribunal advierte que las consideraciones respectivas no se harán en este momento procesal acudiendo a la figura procesal de la fijación del litigio, sino que se harán en el laudo que ponga fin a este proceso, una vez se haya adelantando (sic) la instrucción del mismo, que es el momento procesal para hacerlo”¹³⁴.

Porque el Tribunal decidirá los efectos del acuerdo conciliatorio entre la Llamada en Garantía y el Llamante en Garantía sobre la demanda principal (2.2.3.), conviene antes, delinear las nociones básicas de la conciliación durante el proceso arbitral (2.2.1.) y de la figura del llamamiento en garantía (2.2.2.). Finalmente, el Tribunal hará también el análisis del documento denominado Ajuste de pretensiones presentado por el Demandante acto seguido a la aprobación del acuerdo conciliatorio con **CONFIANZA** (2.2.4.).

2.2.1. La conciliación en el proceso arbitral

Sea lo primero recordar que la conciliación, como mecanismo de solución de controversias, es un acuerdo entre dos, o más partes, para gestionar y resolver sus

¹³³ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000243 a 000249.

¹³⁴ Cuaderno Principal No. 3, Folio 000248.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

diferencias, entre ellas mismas y a través de la ayuda de un tercero denominado conciliador¹³⁵. Dicho acuerdo tendrá efecto de cosa juzgada y el acta que lo contenga prestará mérito ejecutivo, por lo que las obligaciones que así se deriven deben ser bien claras¹³⁶.

Además, sin hablar de varias categorías de conciliación que no resulten relevantes para el caso *sub examine*, como la conciliación en equidad, entre otras, la conciliación puede ser extrajudicial¹³⁷, prejudicial¹³⁸ o judicial¹³⁹. La primera se da fuera de un contexto procesal, mientras que la segunda se da en aras de poder activar la acción procesal y la tercera se da en el contexto de un proceso existente, el cual puede terminar si la conciliación es total o, puede continuar, si la conciliación fracasó completamente, o no cubrió todas las pretensiones o debe continuar con respecto a una o varias Partes¹⁴⁰.

Al darse la conciliación en el contexto de un proceso arbitral, por analogía, ésta sigue las reglas de la conciliación judicial, así que los árbitros, sin dejar de serlo, actúan como conciliadores para tratar de apoyar a las Partes en la consecución de un acuerdo conciliatorio, tal como lo prevé el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, que en su parte pertinente estipula que:

“En la audiencia de conciliación el tribunal arbitral instará a las partes a que resuelvan sus diferencias mediante conciliación, para lo cual podrá proponerles fórmulas, sin

¹³⁵ “La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador” (artículo 64 de la Ley 446 de 1988).

¹³⁶ “El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo” (artículo 66 de la Ley 446 de 1988).

¹³⁷ Artículo 77 y siguientes de la Ley 446 de 1988.

¹³⁸ Artículo 80 y siguientes de la Ley 446 de 1988.

¹³⁹ Artículo 105 y siguientes de la Ley 446 de 1988.

¹⁴⁰ “(...) La conciliación aprobada, producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten. Si la conciliación fuere parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no comprendidos en éste. Si el tercero vinculado no consintiere en lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquél” (artículo 105 de la Ley 446 de 1988).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

que ello implique prejuzgamiento. Si las partes llegaren a una conciliación, el tribunal la aprobará mediante auto que hace tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener una obligación expresa, clara y exigible, prestará mérito ejecutivo”.

Así las cosas, el Estatuto Arbitral, permite que un Tribunal de Arbitramento apoye a las Partes involucradas en un proceso arbitral a que concilien sus desavenencias, para lo cual, como bien lo planteó la Sra. Agente del Ministerio Público, en concepto favorable al acuerdo conciliatorio entre el Llamante en Garantía y la Llamada en Garantía, con el fin de dar validez a dicho acuerdo, como lo prevé la normativa vigente, éste debe estar de conformidad con lo siguiente:

“En esencia, para que el acuerdo conciliatorio resulte ajustado al ordenamiento jurídico superior, es necesario que (i) exista concepto previo del Comité de Conciliación de la respectiva entidad, en el que se establezcan los parámetros del eventual acuerdo, mismos que deben estar ajustados al ordenamiento jurídico; (ii) contenga obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuanto al tiempo, modo y lugar de su cumplimiento² (sic); (iii) el eventual medio de control (acción contractual) al que se hubiera podido llegar, no haya caducado (art. 61, Ley 23 de 1991, modificado por el art. 81, Ley 446 de 1998); (iv) el acuerdo conciliatorio verse sobre sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial disponibles por las partes (art. 59, Ley 23 de 1991, y 70, Ley 446 de 1998); (v) las partes se encuentren debidamente representadas y sus representantes tengan capacidad para conciliar; (vi) obren en el expediente las pruebas necesarias que justifiquen el acuerdo; y (vii) el acuerdo no resulte violatorio de la Ley ni lesivo para el patrimonio público (art. 65 A, Ley 23 de 1991 y art. 73, Ley 446 de 1998)”¹⁴¹.

Así, un tribunal, para poder aprobar un acuerdo conciliatorio que involucre una entidad pública, debe ser vigilante del respeto de los elementos acabados de citar, en aras a no menoscabar el patrimonio público. En el caso *sub examine*, tal como lo conceptuaron el Comité de Conciliación del **BANCO** y el Ministerio Público, este Tribunal encontró, que en el estado en que se encontraba el proceso al momento de la conciliación, dichos requisitos se cumplieron, para efectos de la aprobación del acuerdo conciliatorio, lo que no puede ser tenido como un prejuzgamiento, pues ni

¹⁴¹ Cuaderno Principal No. 3, Folio 000084.

siquiera cuando las propuestas conciliatorias provienen del Tribunal, éstas pueden prestarse a prejuzgar, a la luz del artículo 24 de la Ley 1563 de 2012.

2.2.2. El Llamamiento en Garantía

El llamamiento en garantía tiene por objeto exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el demandado, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva tal que quedó consagrado en los artículos 225 del CPACA¹⁴² y 64 del CGP¹⁴³. Se trata de una relación de garantía, que nace de la ley o del contrato, por virtud de la cual, un tercero se hace responsable del pago de la indemnización o del reembolso que deba hacer originalmente la parte garantizada.

Ahora bien, la garantía de cumplimiento se ubica dentro de la clasificación de los seguros de daños de que trata la ley comercial¹⁴⁴. Al analizar la figura del llamamiento en garantía, en particular cuando opera, el Tribunal debe ser vigilante de no favorecer situaciones injustas como dobles condenas que puedan dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa. El Tribunal tendrá en cuenta, entonces, el principio indemnizatorio que indica que el seguro no puede ser fuente de enriquecimiento para el asegurado, como lo dispone el artículo 1088 del C.Co., el principio del enriquecimiento sin causa consagrado en el artículo 831 del C.Co., y el límite según el cual la indemnización no puede exceder el valor real del interés asegurado al momento del siniestro, ni del

¹⁴² “Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. (...)” (artículo 225 del CPACA).

¹⁴³ “Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación” (artículo 64 del CGP).

¹⁴⁴ En este sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón, 16 de agosto de 2012, Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00021-01(39702).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario, tal que previsto en el artículo 1089 del C.Co.

2.2.3. La conciliación entre el BANCO y CONFIANZA y su efecto en la demanda principal

Quedó demostrado durante este proceso que el 19 de mayo de 2014, **CONFIANZA**, en calidad de aseguradora expidió la “PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES”, identificada con el número No. 05 CU081033, para garantizar el cumplimiento de varias de las obligaciones surgidas del Contrato No. CT0135 00621400 de 21 de mayo de 2014, celebrado entre el **BANCO** y **FACELCO**, lo que le significó ser Llamada en Garantía por el Demandante y, así, ser vinculada a este proceso en tal calidad.

En el contrato de seguro el tomador – garantizado es **FACELCO**, y el beneficiario – asegurado el **BANCO**. El seguro contempló cuatro (4) amparos: (i) cumplimiento, (ii) anticipo, (iii) salarios y (iv) calidad¹⁴⁵.

Las condiciones del seguro se modificaron en ocho (8) oportunidades, en cuanto al valor asegurado de los amparos y la vigencia del seguro. Finalmente, la vigencia se extendió hasta el 5 de septiembre de 2019, y el valor asegurado de cada uno de los amparos quedó así¹⁴⁶:

AMPAROS	VALOR
CUMPLIMIENTO	\$ 583.454.302
ANTICIPO	\$ 1.021.045.028
SALARIOS	\$ 583.454.302
CALIDAD	\$ 545.401.448
TOTAL	\$ 2.733.355.080

Con fundamento en el contrato de seguro, el **BANCO**, como beneficiario de la póliza de cumplimiento, y **CONFIANZA** como aseguradora a quien se le trasladó el riesgo de

¹⁴⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000050 a 000052.

¹⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000141 a 000143.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

cumplimiento del Contrato, conciliaron todas las pretensiones del llamamiento en garantía¹⁴⁷, acordando el pago a título de indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del Contrato, la suma de \$831.810.217,00¹⁴⁸, y la suma de \$59.127.482,40¹⁴⁹ pesos por concepto de honorarios y gastos del Tribunal por la conciliación¹⁵⁰, recibiendo un pago, a título de indemnización de \$890.937.699,40 pesos.

De acuerdo con los precisos términos de la conciliación, el efecto sustancial de la misma frente al garante y garantizado, se explica en que la compañía aseguradora

¹⁴⁷ Cuaderno Principal No. 3, Folio 000178: “1) Con la celebración del presente acuerdo conciliatorio, el BANCO DE LA REPÚBLICA y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA acuerdan que ponen término a todas las controversias que se originaron con ocasión del llamamiento en garantía realizado por el BANCO DE LA REPÚBLICA a CONFIANZA en el proceso arbitral con radicado No. 15612, controversias que se encuentran contenidas en el escrito de llamamiento en garantía, la contestación a la reforma de demanda presentada por CONFIANZA y el memorial de pronunciamiento del BANCO DE LA REPÚBLICA sobre las excepciones de mérito propuestas por CONFIANZA”.

¹⁴⁸ Cuaderno Principal No. 3, Folio 000179: “2) CONFIANZA se obliga a pagar a favor del BANCO DE LA REPÚBLICA la suma de **OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$831.810.217,00)**, dentro de los veinte (20) días calendarios siguientes, contados a partir de la fecha del auto que apruebe la presente conciliación. La anterior suma de dinero se discrimina, así:

a) Por concepto de amparo de cumplimiento, la suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS DIEZ PESOS (\$362.184.810,00)**.

b) Por concepto de amparo de anticipo, la suma de **TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$387.815,190,00)**.

c) Por concepto de amparo de calidad de suministros, la suma de **OCHENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$81.810.217,00)**” (negrillas en original).

¹⁴⁹ Cuaderno Principal No. 3, Folio 000179: “3) CONFIANZA se obliga a pagar la suma de **CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$59.127.482,40)**, por concepto de los honorarios y gastos del Tribunal por la conciliación, suma que pagará mediante transferencias bancarias individuales en la proporción que indique el Tribunal mediante providencia a cada uno de los tres árbitros DIANA XIMENA CORREA ÁNGEL, JESAEEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO y ROBERTO BORRÁS POLANÍA, el secretario PHILIP FRANK RUIZ AGUILERA y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. La anterior suma de dinero deberá ser pagada dentro de los veinte (20) días siguientes, contados a partir de la fecha del auto que apruebe la presente conciliación” (negrillas en original).

¹⁵⁰ Acta No. 16, Cuaderno Principal No. 3, Folios 000176 a 000196.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

cumplió con su obligación de indemnizar al asegurado y su obligación de garantía se extinguió con ocasión de la conciliación y el pago que realizó en virtud de esta, al tenor del artículo 1625 del C.C.; entendimiento que reiteró en diversas oportunidades la Parte Demandante, al referirse al componente transaccional de la conciliación, lo que explicó en la audiencia de conciliación¹⁵¹, y nuevamente, en el recurso de reposición que formuló contra la decisión que fijó los honorarios y gastos del Tribunal¹⁵².

¹⁵¹ “En efecto, una vez aprobada la conciliación y atendiendo la circunstancia de que **la conciliación** que se llevó a cabo con el llamado en garantía **tiene un componente transaccional** que me obliga como parte a hacer todas las imputaciones del pago y de la transacción que ya está consumado en un título que prestará mérito ejecutivo que es el acta misma de la conciliación que me van a expedir. Debo trasladar los beneficios de esa conciliación y transacción parcial a quien es el demandado principal como consecuencia de los pagos que está haciendo el llamado en garantía, lo que me motivó a hacer una precisión de las pretensiones, en cuanto a la pretensión segunda, principalmente, en donde se estableció el valor por el que se continúa el Tribunal y a prescindir de las pretensiones tercera y cuarta, que eran pretensiones puramente indemnizatorias como tal, y que al considerar que eran pretensiones indemnizatorias por pagos que, en todo caso, aunque en forma parcial ya atendió la llamada en garantía, transaccionalmente el Banco entiende que están cubiertas y por eso entonces hace la precisión para que se continúe el trámite del Tribunal por la diferencia que está expresada [...]” (negrilla fuera de texto) (Cuaderno Principal No. 3, Folio 000222).

¹⁵² “[...] interpongo el recurso de reposición, para que se modifique el numeral segundo de la providencia que se me acaba de notificar en estrados, [...] porque en el mismo se está desconociendo para efectos de la liquidación de honorarios **el carácter transaccional de la conciliación** que fue aprobado y en la resta no corresponde hacer una operación puramente aritmética, en la medida en que si se observa con base en la póliza que dio lugar al llamamiento en garantía, sí existió un componente transaccional considerable en la medida en que tal como consta en este folio 141 del cuaderno 1 de pruebas a folio 1, en ese folio 141 claramente se aprecia que el valor asegurado eran \$2.733.355.080 y el valor transigido fue precisamente el indicado en ese numeral segundo que ascendió a ochocientos y pico de millones, \$831.810.217,00.

[...] ese valor inclusive tuvo un desglose sobre las distintas coberturas, en que se hicieron las transacciones, asignándole al amparo del cumplimiento 362 millones y al amparo por concepto del anticipo 387 millones, pero las coberturas totales de la póliza, sí ascendían a 2.733, luego la simple operación aritmética para efectos de determinar la cuantía, si el valor asegurado eran los 2.733 millones y el valor transigido y conciliado fueron 831 millones, hubo un componente transaccional extinguido desde el punto de vista de la conciliación como pretensión de 1.900 millones, que es el que se tendría que tener en cuenta para efectos de la liquidación de los honorarios, como el valor a restar porque fue el componente transaccional de la suma total de las pretensiones de la demanda reformada.

[...] Que, entonces, a ese valor total de pretensiones de la demanda, que no se puede reformar, se le reduzca una suma de 1.900 millones, que fue **el componente transigido con la aseguradora llamada en garantía**, a quien se le estaba pidiendo que pagara por el demandado que era quien se había asegurado con ella misma y quien ya no tendrá que responder hasta por el valor asegurado de la póliza que ascendía a los 2.733, sino que ya solo responderá por el valor conciliado que son 831 y que hace

Por consiguiente, y en virtud de las normas mencionadas más arriba, esto es los artículos 831, 1088 y 1089 del C.Co., el Tribunal Arbitral encuentra razonable concluir que la conciliación alcanzada entre el garante y el beneficiario, liberó a **FACELCO** de la obligación de indemnizar al **BANCO**, hasta la concurrencia del monto pagado a título de indemnización, en los términos del acuerdo conciliatorio.

Desde el punto de vista procesal, la conciliación irradió efectos parciales sobre las pretensiones que formuló el **BANCO** en contra de **FACELCO** y, por ende, estas continúan vigentes y deben ser decididas por el Tribunal en el presente laudo, descontando de ser el caso, lo que corresponda de lo que ya pagó la aseguradora, en aras de evitar un enriquecimiento sin justa causa.

2.2.4. Análisis del documento de la Demandante sobre el pretendido ajuste de sus pretensiones como resultado de la conciliación con la Llamada en Garantía

En relación con el documento que el Demandante presentó a través del cual pretendió el ajuste de las pretensiones de la reforma a la demanda como resultado del acuerdo conciliatorio arriba comentado, el Tribunal reitera que no era posible tener en cuenta el ajuste de pretensiones solicitado por el Demandante, por estar precluida la oportunidad para reformar la demanda, y porque pudiendo hacerlo, el Demandante no hizo uso del mecanismo del desistimiento parcial e incondicional de sus pretensiones,

que en mi sentir ese componente transaccional deba tenerse en cuenta para efectos de la reducción de la liquidación de los honorarios del abogado.

¿Por qué? Porque de prosperar la totalidad de las pretensiones y, no lo sé, pero son ya esas las que quedaron en la demanda reformada, el mismo Facelco tendría el derecho a exigir que se le libere en la misma cuantía en que estaba la póliza, no en la cuantía en la que se concilió, porque él no participó en la conciliación, sino en la póliza, porque decía yo tenía una póliza hasta por este valor, que eran 2.700 millones y que, pues, estaba afecta a responder por este contrato. Luego, no podrán ustedes exigirme a mí el pago total, si ustedes decidieron transigir con la aseguradora por un menor valor del que estaba la póliza de la cual esa compañía, Facelco, fue tomador y asegurado.

Y, en ese sentido, dejo consignados mis argumentos para considerar que sí hay lugar a corregir, que no se puede simplemente hacer una operación matemática de restar el valor de la conciliación, porque **el valor de la conciliación indicó una conciliación transaccional** que se transigió precisamente fue reduciendo el valor total asegurado de la póliza por la que responderá la compañía aseguradora” (negrilla fuera de texto) (Cuaderno Principal No. 3, Folios 000244 a 000246).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

a la luz del artículo 314 del CGP, y de acuerdo con sus argumentos, es evidente que la imputación que aduce se derivaría de la conciliación, lo cual no encuentra asidero en el contrato de seguro, ni en el Contrato de suministro e instalación de subestaciones eléctricas No. CT0135 00621400, como tampoco coincide con las pretensiones formuladas, luego, es una imputación unilateral y si se quiere “interna” del Demandante, que se reitera, no corresponde cabalmente con las pretensiones formuladas en la reforma de la demanda ni con la misma conciliación.

En efecto, la modificación que perseguía el Demandante a la pretensión segunda es sustancial, pues mientras en la reforma de la demanda solicitó que a consecuencia del incumplimiento, se condenara a **FACELCO** a pagar a favor del **BANCO** “**los perjuicios de todo orden**”, así como “**los sobrecostos financieros, o costos de oportunidad**”; en la suma de \$2,774,267,783; con el “ajuste” pide un valor no amortizado de anticipo y el costo de unos equipos devueltos, como se observa a continuación:

Anticipo del contrato entregado	Amortizado CONFIANZA	Saldo anticipo a cargo de FACELCO
\$1,021.045.028	\$387.815.190	\$633.229.838
Mas Equipos devueltos por BANREP		\$334.122.849
Saldo Total a cargo de FACELCO		\$967.352.687

Ninguno de estos valores corresponde con los conceptos y valores contenidos en la pretensión segunda de la reforma de la demanda, y en lo que tiene que ver con el anticipo, tampoco puede aceptarse la modificación solicitada con fundamento en la conciliación aprobada, pues se recuerda, ésta versó sobre los valores asegurados por cada amparo, y siendo que la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento No. 05 CU081033, cubrió por anticipo hasta la suma de \$1.021.045.028, solicitar nuevamente el reconocimiento de una parte de dicha suma (\$633.229.838), conllevaría a un enriquecimiento sin causa del deudor, a quien ya se le indemnizó por la totalidad de dicho concepto.

En lo que tiene que ver con “los equipos devueltos por BANREP” no coincide dicha suma (\$334.122.849) con los conceptos contenidos en las pretensiones de la reforma de la demanda, sin embargo, debe tenerse presente que con ocasión de la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

conciliación, la póliza de cumplimiento No. 05 CU081033, se hizo efectiva por el amparo de calidad de suministros hasta por la suma de \$545.401.448 pesos, luego si al mismo concepto se refiere, estaría cubierto por la conciliación y entonces, dicha pretensión estaría llamada al fracaso, a menos que de las pruebas despunte, que es adicional al valor asegurado cubierto por el asegurado.

Y en lo que respecta a la posibilidad de suprimir la “cláusula penal” a la que se refiere la pretensión cuarta de la reforma de la demanda, la conciliación no la comprendió, y tampoco podía hacerlo, por cuanto revisadas las condiciones generales de la póliza de cumplimiento el pago de las cláusulas penales y de las multas quedaron excluidas (“CONDICIÓN No. 2. EXCLUSIONES GENERALES”, numeral 2.1 “SANCIONES PECUNIARIAS”), y tampoco hubo pacto expreso para incluirla en las condiciones particulares¹⁵³.

En cuanto al efecto procesal entre Llamante en Garantía y Llamada en Garantía, ya quedó precisado en el auto que aprobó la conciliación, y produjo la terminación del proceso respecto de la aseguradora, y la cesación de las funciones del Tribunal en ese caso concreto.

2.3. Pronunciamiento sobre el incumplimiento del Contrato

El Tribunal pasará a estudiar la primera pretensión del Demandante relativa al reclamado incumplimiento del Demandado, para lo cual, el Tribunal sentará, primero que todo, la posición del **BANCO** (2.3.1.), enseguida del Ministerio Público (2.3.2.) y, finalmente, esgrimirá sus conclusiones (2.3.3.).

2.3.1. Posición del Demandante

El Demandante en su escrito de reforma de la demanda presenta la siguiente pretensión:

¹⁵³ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000263 a 000271.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

“**PRIMERA:** Que se declare que la sociedad **FACELCO S.A.S.**, incumplió el Contrato Nro. CT0135 00621400 de “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué” celebrado el 21 de mayo de 2014, y los otrosíes al mismo, de fecha 30 de marzo de 2015, 20 de agosto de 2015, 12 de noviembre de 2015, 30 de marzo de 2016 y 05 de septiembre de 2016, los cuales para todos los efectos hacen parte integral del contrato” (negrillas en original).

De la lectura de los hechos de la reforma de la demanda, así como de los testimonios rendidos en audiencia, se desprende que los alegados incumplimientos de **FACELCO** habrían consistido, básicamente, en (i) **varios retrasos** que habrían frustrado los diferentes cronogramas de ejecución de obras, lo que habría significado la consecuente celebración de cinco Otrosíes entre las Partes y, finalmente, la terminación del Contrato¹⁵⁴, de una parte y, de otra parte, en la (ii) **no conformidad de los transformadores** con respecto a lo requerido en las especificaciones técnicas y, según las cuales, sus bobinados debían ser en cobre y no en aluminio o cualquier otro material conductor¹⁵⁵.

Más adelante, el Demandante, distinguiendo las figuras jurídicas del incumplimiento contractual y del desequilibrio económico del contrato¹⁵⁶, concluyó que: “Lo anterior, no deja duda que tratándose del incumplimiento del contrato, hay lugar a solicitar el pago de los correspondientes perjuicios y el pago de las cláusulas penales sí así fueron pactadas, pues, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato legalmente celebrado es “una ley para los contratantes” y por lo mismo las partes deben ejecutar lo acordado”¹⁵⁷. A continuación, aclaró el **BANCO** que, por ningún motivo, **FACELCO** podría verse exonerado de sus incumplimientos por figuras jurídicas como las de fuerza mayor, en razón de sus recurrentes justificaciones

¹⁵⁴ Cuaderno Principal No.1, Folios 000322 a 000332 y 000366 a 000376.

¹⁵⁵ Cuaderno Principal No.1, Folios 000332 y 000376.

¹⁵⁶ Cuaderno Principal No.1, Folios 000340 a 000342 y 000384 a 000386.

¹⁵⁷ Cuaderno Principal No.1, Folios 000342 y 000386.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

basadas en problemas económicos, toda vez que el contrato de compraventa y suministro no permite dicha figura¹⁵⁸.

Esto le permite concluir al Demandante que: “En el presente asunto, la sociedad convocada no cumplió con su obligación de suministrar los equipos y realizar la instalación y montaje de las subestaciones eléctricas acordadas en el objeto del contrato, lo que ocasionó graves perjuicios al BANCO, pues no sólo no se ejecutó a cabalidad el contrato, sino que, además, la entidad se vio obligada a realizar nuevas contrataciones a un mayor costo, y por demás, la sociedad FACELCO S.A.S. a la fecha tiene sumas en su poder que no fueron ejecutadas y tampoco han sido devueltas al Banco”¹⁵⁹.

En el memorial de alegatos de conclusión, el Demandante concluyó que:

“Con toda la prueba documental allegada están corroborados los anteriores hechos, además de aparecer veraces con base en la apreciación de los testimonios recaudados de los señores: **RUBEN DARÍO GUTIÉRREZ PEÑALOZA**, quien para la época laboraba para **FACELCO S.A.S.**, y quien en su declaración dejó en evidencia que en efecto **FACELCO S.A.S.** cometió errores por su culpa y que esos errores lo llevaron a incumplir y abandonar la ejecución del contrato.

Los funcionarios y exfuncionarios del BANCO DE LA REPÚBLICA que testificaron: **SANDRA PATRICIA ESCOBAR LORA, EUSEBIO SIMÓN RÍOS OVIEDO, HERNÁN CABATIVA, LUIS FRANCISCO ÁLVAREZ CORREDOR y JORGE ELIECER VÁSQUEZ CIFUENTES** coincidieron en declarar que FACELCO fue quien incumplió las condiciones contractuales y pretendió cambiar las especificaciones del objeto contractual.

Así en el trámite de este proceso quedó demostrado que **FACELCO S.A.S.** incumplió con las obligaciones contractualmente pactadas por su propia negligencia, descuido

¹⁵⁸ Cuaderno Principal No.1, Folios 000342 y 000386.

¹⁵⁹ Cuaderno Principal No.1, Folios 000343 y 000387.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

y culpa, por lo que consecuencialmente está obligado a indemnizar al BANCO DE LA REPÚBLICA” (negritas en original)¹⁶⁰.

2.3.2. Concepto del Ministerio Público

Para la Agente del Ministerio Público, los incumplimientos contractuales del Demandado habrían estado suficientemente probados durante el proceso, lo que le permite concluir que “No se encuentra dentro de las pruebas arrimadas al expediente, actas de entrega parcial posteriores al informe del 22 de noviembre de 2016, realizado por Facelco, razón por la cual, salta a la vista que dicho contratista no culminó con el objeto del contrato, lo que se respalda a su vez con la aprobación realizada por el Banco para concluir los trabajos en las ciudades de Cúcuta, Girardot, Leticia, Leticia, Pasto, Valledupar y Santa Marta y estimación de valores para concluir los trabajos en las ciudades de Cartagena, Ibagué, Quibdó, Riohacha”¹⁶¹.

Sin embargo, si bien es cierto la Agente del Ministerio Público encuentra que **FACELCO** incumplió el Contrato por razones imputables a él mismo, como habría quedado demostrado tanto documentalmente¹⁶² como con los testimonios

¹⁶⁰ Memorial de alegatos de conclusión del Demandante, marzo 2020, pág. 14 (Cuaderno Principal No. 4, Folio 000408).

¹⁶¹ Concepto del Ministerio de Público aportado durante la audiencia de alegatos, marzo 2020, pág. 29 (Cuaderno Principal No. 4, Folio 000443).

¹⁶² “Para el 28 de julio de 2016, **FALCELCO S.A.S.** remitió al **BANCO DE LA REPÚBLICA** comunicación en la que informó: “*De acuerdo a la fecha programada para la instalación y puesta en servicio final de la Subestación Eléctrica de la SUCURSAL LETICIA, informamos, que hasta hoy 28 de Julio de 2016 agotamos todas las posibilidades para generar cumplimiento al compromiso adquirido, teniendo programada y confirmada la logística con un cupo de 1400 Kilos en el transporte Aéreo, para el despacho de equipos, herramientas y materiales necesarios para la ejecución de las actividades indicadas en la referencia.*”

Desafortunadamente y por motivos de desembolso de dineros esperados de terceros, no se obtuvo el recurso económico a tiempo para cancelar los servicios de transporte indicado, al igual que para el pago del desplazamiento del personal a sitio de obra, motivo por el cual presentamos nuestras más sinceras disculpas por el incumplimiento en la entrega y ejecución de las actividades programadas” (subrayas y negrilla en original), Concepto del Ministerio de Público aportado durante la audiencia de alegatos, marzo 2020, págs. 26-27 (Cuaderno Principal No. 4, Folios 000440 a 000441).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

recepcionados¹⁶³, no le cabe duda a la Sra. Agente del Ministerio Público que habría también lugar a establecer una culpa compartida entre el **BANCO** y **FACELCO**.

En efecto, de una parte, el riesgo regulatorio que implicaba el objeto del Contrato se manifestaba a través de las exigencias regulatorias de la CREG en la instalación de subestaciones llevaron muy pronto a la firma del primer Otrosí¹⁶⁴, pues el mismo no fue considerado contractualmente por las Partes, así como falencias en ambas Partes con respecto al reconocimiento del terreno y las condiciones particulares de cada ciudad donde las subestaciones eléctricas debían ser instaladas, lo cual habría generado claramente retrasos en la ejecución del Contrato¹⁶⁵.

¹⁶³ “En cuanto a las condiciones de Facelco, como empresa contratista, el mismo testigo manifestó:

“DR. BORRÁS: En su experiencia hubo alteraciones exógenas a este contrato con el Banco de la República, que influyeron en la situación de que Facelco no pudiera cumplir ese contrato, hubo otras situaciones a las que estaba expuesto Facelco que implicaron o generaron efectos en este contrato con el Banco de la República?

SR. GUTIÉRREZ: Yo no lo digo con el Banco de la República puntualmente, de pronto lo puede decir a nivel general por lo que se vivió ya al final de Facelco c antes de su terminación... (Alejado del micrófono) hubo ya una crisis económica interna que les llevó como al cierre de la empresa como tal, prescindir de sus empleados, inclusive personal de muchos años, etc.”, Concepto del Ministerio de Público aportado durante la audiencia de alegatos, marzo 2020, pág. 18 (Cuaderno Principal No. 4, Folio 000432).

¹⁶⁴ “De conformidad con lo señalado por los diferentes testigos escuchados en el presente trámite arbitral, el otrosí del 30 de marzo del 2015, suscrito entre las partes, tuvo como origen un cambio en la regulación en la CREG que generó solicitar el aval del proyecto a desarrollarse en cada sede del Banco por parte de cada operador en el correspondiente municipio.

Si bien en principio, la falta de previsión de dicho cambio regulatorio implicó la materialización de un riesgo no contemplado en el (sic) etapa precontractual, ni al momento de suscribirse el contrato, el mismo fue sorteado a través de la suscripción de un otrosí, frente al cual, ninguna de las partes manifestó su desacuerdo, inconformidad u oposición, entendiéndose de esta forma que se logró equilibrar nuevamente las cargas, aumentando el plazo de ejecución del contrato y el valor del mismo.

[...] Adicionalmente, se identifica en el desarrollo del contrato CT0135 00621400 de 2014, que las partes no lograron dimensionar las implicaciones del cambio de regulación y de adelantar los trámites en cada uno de los municipios ante deferentes operadores que solicitaban ajustes particulares para cada obra, atendiendo a las condiciones y ubicación de cada una de las subestaciones contratadas”, Concepto del Ministerio de Público aportado durante la audiencia de alegatos, marzo 2020, págs. 15-16 (Cuaderno Principal No. 4, Folios 000429 a 000430).

¹⁶⁵ “Adicionalmente, revisando el desarrollo del contrato, conforme a las pruebas recaudadas en el proceso resulta evidente que FACELCO no conocía las diferentes sedes en las que debía realizar los trabajos contratados, lo que en la práctica generó contratiempos para la correcta ejecución del contrato,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

En este orden de ideas, la Sra. Agente del Ministerio Público concluye que:

“Del análisis integral de las pruebas recaudadas en el expediente, se hace evidente que el proceso precontractual tuvo fallas importantes que afectaron la ejecución del contrato dentro del término y condiciones establecidas, lo que repercutió en la necesidad de ampliar el término del contrato, para realizar obras civiles en las sedes del Banco de la República y solicitar aprobación de las obras ante los operadores de cada municipio. Situaciones previsibles, que de ser tenidas en cuenta en su oportunidad, no hubiesen impactado en la ejecución del contrato en la forma en que lo hicieron, esto es, incluir la realización de visitas a cada sitio de ejecución del contrato para conocer de primera mano las condiciones físicas de la sede del Banco de la República a intervenir; contemplar los tiempos para aprobación de las obras; separar las sedes en varios grupos (como se hizo para finalizar las obras contratadas con FACELCO); etc.

Tales fallas, son atribuibles a ambos extremos contractuales, el Banco porque debe analizar las necesidades para contratar, incluyendo las condiciones que posee para ello, contemplando las características de las sedes a intervenir y el sector regulado en

en este sentido varios testigos hicieron referencia a que no se efectuaron visitas previas a cada sitio. Al respecto el señor GUTIÉRREZ PEÑALOZA, manifestó:

No. yo creo que más bien lo que lo que hablaba o conversaba ahora, desafortunadamente se hicieron las visitas, a ver, todo se desarrolló a una contratación, tengo entendido, a unos pliegos de la licitación, no hubo unas visitas previas a los sitios de obra para que los proveedores de ese servicio dimensionaran los tamaños, las necesidades y todo de lo del proyecto, esto se hizo fue posterior a cuando ya había iniciado el proyecto, lo que pasa es que dentro de las licitaciones no se tuvieron en cuenta unas variables que afectaban el proyecto en ese entonces, y que no todas o la mayoría es por nuevas reglamentaciones o normatividades eléctricas, es por cumplimientos que de todas formas existían en su momento.

La única condición nueva de pronto fue la de certificación RETIE, pero es un punto menor a todas las adicionales que tuvo que disponer el Banco para poder sacar el proyecto adelante, condiciones físicas de terrenos...”

(...) SR. GUTIÉRREZ: (...) para mí personalmente lo principal debió haber sido una visita con las personas o los proveedores que invitaron a proponer, para que tuvieran en cuenta las condiciones a partir de eso ellos expusieran todas las necesidades y hubiesen alcanzado a quedar dentro o incluidas o incluidas en un pliego, pero realmente los sitios, Leticia puntualmente, tuvo que tumbar una parte de las instalaciones para poder ingresar la subestación, o tenía. porque eso no lo alcanzamos a instalar, para poder permitir la instalación de las nuevas subestaciones, la logística de llevar una subestación a Leticia tampoco se tuvo en cuenta y casi que hay que alquilar, arrendar un avión aparte para poder llevar eso hasta allá, bueno cosas por el estilo”, Concepto del Ministerio de Público aportado durante la audiencia de alegatos, marzo 2020, pág. 19 (Cuaderno Principal No. 4, Folio 000433).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

el que contrataba, y de otro lado, al contratista FACELCO, como experto en el negocio, al no advertir al contratante de las posibilidades del cambio en el sector regulado y la imperiosa necesidad de conocer cada lugar a intervenir”¹⁶⁶.

Esta concurrencia de culpas, de acuerdo con el artículo 2357 del C.C., según la representante del Ministerio Público tendrá una estimación en la asignación de la responsabilidad y la respectiva indemnización del perjuicio causado¹⁶⁷.

2.3.3. Consideraciones del Tribunal

Entrará el Tribunal a analizar si hubo o no incumplimientos contractuales por parte de **FACELCO** (2.3.4.2.), para lo cual tendrá en cuenta tanto el contenido obligacional de las Partes en los términos del Contrato y de sus elementos constitutivos (2.3.4.1.), así como la determinación de si hubo algún tipo de incumplimiento contractual de la parte del **BANCO** (2.3.4.3.). Al final, el Tribunal presentará sus conclusiones con respecto a la pretensión primera del Demandante (2.3.4.4.).

2.3.3.1. Obligaciones derivadas del Contrato

Para ver el alcance de las obligaciones de las Partes, nos remitiremos en un primero momento al objeto del Contrato, el cual se halla en la cláusula primera¹⁶⁸ y, que a la letra, reza:

“**PRIMERA.- Objeto:** Mediante este contrato, EL CONTRATISTA se obliga para con EL BANCO, en su propio nombre, bajo su dirección y responsabilidad, por su cuenta y riesgo y, a satisfacción de éste, al suministro e instalación de subestaciones en edificios varios de EL BANCO (Sucursales, Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Museo del Oro y Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de

¹⁶⁶ Concepto del Ministerio de Público aportado durante la audiencia de alegatos, marzo 2020, págs. 19-20 (Cuaderno Principal No. 4, Folios 000433 a 000434).

¹⁶⁷ Concepto del Ministerio de Público aportado durante la audiencia de alegatos, marzo 2020, págs. 21-22 (Cuaderno Principal No. 4, Folios 000435 a 000436).

¹⁶⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000044.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

lbugué), de acuerdo con los documentos que forman parte integral del presente contrato en cuanto no lo contradigan, y a los que deberá ceñirse EL CONTRATISTA.

PARÁGRAFO: El control de ejecución del presente contrato estará a cargo del Director del Departamento de Infraestructura de EL BANCO o del empleado que éste delegue” (negrilla y subrayas en original).

La cláusula segunda del Contrato prevé las obligaciones a cargo del Contratista, así:

“SEGUNDA.- Obligaciones de EL CONTRATISTA: En virtud de la cláusula anterior, además de las obligaciones contenidas en este contrato, sus documentos anexos y en la ley, EL CONTRATISTA deberá contar con los materiales, equipos y mano de obra calificada, y dirigir la ejecución de los mismos sin que EL BANCO adquiera responsabilidad alguna por dichos actos o por aquellos contratos que deba celebrar en virtud de las obligaciones contenidas en el presente documento. En desarrollo de lo anterior, EL CONTRATISTA deberá cumplir con las calidades del servicio identificadas en la oferta, cumpliendo estrictamente, con idoneidad y oportunidad la ejecución del presente contrato, obrando con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando retrasos que pudieran presentarse y aportando su experiencia, conocimiento técnico e infraestructura en la ejecución del objeto del contrato. Adicionalmente, EL CONTRATISTA será responsable, entre otros, de los siguientes aspectos básicos: **(i)** Ordenamiento y disposición de su trabajo; **(ii)** Aceptar la supervisión de los trabajos por parte de EL BANCO en el momento en que éste lo considere necesario; **(iii)** Disponer del suficiente personal profesional y técnico, idóneo para adelantar la ejecución de los trabajos; **(iv)** Supervisar todos los trabajos por un profesional especializado; **(v)** Prestar las facilidades necesarias para que los representantes de EL BANCO puedan inspeccionar todos los trabajos que se ejecuten, en el momento en que éstos lo estimen necesario; **(vi)** Suministrar oportunamente todos los materiales y elementos necesarios, lo mismo que las herramientas o equipos que se requieran para la ejecución de los trabajos; **(vii)** Corregir, a su propio costo, cualquier desviación a las especificaciones que por su causa se presenten para lo cual deberá solicitar autorización previa escrita de EL BANCO; **(viii)** Contratar personal idóneo y capacitado para ejecutar los trabajos descritos en las especificaciones; **(ix)** Cumplir con las normas de seguridad industrial, riesgos laborales y, en general, con las disposiciones en materia laboral y de seguridad social, en relación con el personal a su cargo y; **(x)** Efectuar las pruebas que se requieran, de acuerdo con las normas y procedimientos establecidos, antes del recibo final por parte de EL BANCO” (negrilla y subrayas en original).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

La cláusula tercera del Contrato, a su turno, dispone que son obligaciones del **BANCO** las siguientes:

“TERCERA.- Obligaciones de EL BANCO: Además de las obligaciones contenidas en este contrato, sus documentos anexos y en la ley, EL BANCO se obliga para con EL CONTRATISTA a: **1.** Notificar de inmediato sobre cualquier daño o desperfecto que los equipos pudieran presentar; **2.** Permitir el acceso del personal de EL CONTRATISTA al lugar, para efectuar los trabajos y los demás controles necesarios y; **3.** Designar el representante de EL BANCO para supervisar los trabajos que ejecute EL CONTRATISTA” (negrilla y subrayas en original).

En síntesis, la principal obligación del contratista era el suministro e instalación de las subestaciones eléctricas, en las ciudades y en los edificios mencionados en el objeto, **“de acuerdo con los documentos que forman parte integral del presente contrato en cuanto no lo contradigan y a los que deberá ceñirse el contratista”**.

¿Cuáles son los documentos a los que se refiere el objeto? El Contrato, en su cláusula vigesimocuarta, estipula que:

“VIGESIMOCUARTA.- Documentos que hacen parte del contrato: Se incorporan al presente contrato el certificado de existencia y representación legal de EL CONTRATISTA y, en cuanto no contradigan el contrato, los siguientes documentos: **1.** La carta de invitación DI-23164 del tres (3) de octubre de 2013 y anexos; **2.** La comunicación respuesta aclaraciones de EL BANCO DI-24386 del diecisiete (17) de octubre de 2013; **3.** La comunicación solicitud de aclaraciones de EL BANCO DI-27595 del veintiuno (21) de noviembre de 2013; **4.** La oferta de EL CONTRATISTA del veinticinco (25) de octubre de 2013 y sus anexos; **5.** La comunicación de EL CONTRATISTA C-192/2013 del veinte (20) de noviembre de 2013; **6.** La respuesta de EL CONTRATISTA C-200/2013 del veintisiete (27) de noviembre de 2013 y; **7.** La comunicación de aprobación de EL BANCO DI-07518 del primero (1) de abril de 2014” (negrilla y subrayas en original).

Así las cosas, todos estos documentos mencionados en esta cláusula vigesimocuarta hacen parte del Contrato y, en su gran mayoría, hacen parte integral de la Oferta de **FACELCO** del 25 de octubre de 2013, la cual, para efecto de obligaciones

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

contractuales, incluye los pliegos¹⁶⁹, las especificaciones técnicas¹⁷⁰ que debían contener los materiales y equipos suministrados, así como las instalaciones que de los mismos se realizarían en las diferentes ciudades objeto del Contrato, el diagrama unifilar proyectado y los diseños actuales en las diferentes ciudades objeto del Contrato¹⁷¹, las cantidades de obra¹⁷² y cartas aclaratorias del **BANCO** sobre las especificaciones técnicas tras preguntas de **FACELCO** del 17 de octubre¹⁷³. En la carta de presentación de su Oferta¹⁷⁴, **FACELCO** hace suyos todos los documentos acabados de mencionar, los cuales, en consecuencia, hacen parte integral del Contrato y delimitan el contenido obligacional que asumió, así:

“El proponente garantiza que ha estudiado todas las condiciones del pliego y manifiesta que ha verificado cuidadosamente todos los datos y las informaciones indicadas en dicho documento; que visitó el sitio de la obra y comprobó por sí mismo la naturaleza y localización y las condiciones generales y todos los demás asuntos que en cualquier forma pueden afectar el valor del contrato o la ejecución de la obra.

Declaramos que entendemos que los planos y cantidades de obra son preliminares y que aceptaremos los ajustes y complementos necesarios para los planos de construcción manteniendo los plazos propuestos”.

Ahora bien, el contenido obligacional, en particular para el Contratista (**FACELCO**) derivado de dichos documentos, en particular en los pliegos, las especificaciones

¹⁶⁹ Pliegos firmados, Oferta de FACELCO (págs. 126-203) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

¹⁷⁰ Especificaciones para el proyecto de suministro, instalación y puesta en marcha de subestaciones a nivel nacional, Oferta de FACELCO (págs. 44-62) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

¹⁷¹ Diagrama unifilar proyectado y los diseños actuales en las diferentes ciudades objeto del proyecto, Oferta de FACELCO (págs. 63-94) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

¹⁷² Cantidades de Obra, Oferta de FACELCO (págs. 8-27) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

¹⁷³ Oferta de FACELCO (págs. 95-96) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

¹⁷⁴ Oferta de FACELCO (págs. 6-7) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

técnicas y las cantidades de obra es bastante numeroso y detallado, por lo que el Tribunal no se extenderá en copiarlo en este laudo y solo hará referencia a los mismos, que hacen parte del expediente, mientras se conforma con afirmar que éstos son obligatorios y hacen parte del Contrato entre el **BANCO** y **FACELCO** en virtud de la cláusula vigesimocuarta, citada arriba.

Solo a título de ejemplo, y para dar un poco más de contexto a las obligaciones de las Partes, el Tribunal citará algunas disposiciones particulares de las especificaciones técnicas, que en su primer capítulo contiene prescripciones generales sobre el proyecto, así:

“1.0 Alcance

En el presente documento se establecen las condiciones básicas para la fabricación, suministro, instalación y puesta en marcha de las subestaciones eléctricas, los transformadores y los sistemas de corrección de factor de potencia, en los edificios relacionados en los cuadros de cantidades que se anexan.

La motivación del proyecto de actualización de subestaciones eléctricas a nivel nacional, es la de instalar nuevas subestaciones que se ajusten a las condiciones de carga actuales de los edificios y a las normas vigentes, todas las subestaciones nuevas son de menor capacidad que las actualmente instaladas, debido principalmente a los cambios de vocación de los edificios.

El alcance de los trabajos incluye el suministro e instalación de las nuevas subestaciones, la desconexión y traslado de los equipos de medida en media tensión existentes y la conexión de las acometidas existentes de entrada en media tensión, de salida de las plantas eléctricas a las transferencias y las de salida en baja tensión.

Las Subestaciones se suministrarán listas y completas para su uso, corresponderán al último modelo de fábrica, o aquel que satisfaga las exigencias de las especificaciones. El diseño, los materiales, dispositivos y mano de obra que integran los equipos objeto de ésta licitación, estarán acordes con las mejores prácticas de la industria y todos los materiales que se utilicen serán completamente nuevos.

Se contempla la adjudicación parcial por edificio, es decir que para ser consideradas las propuestas deberán incluir todos los ítems (sic) para uno o varios edificios.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Las Subestaciones se instalarán en las ciudades que se indican en el cuadro anexo y por lo tanto todos los materiales y componentes que se suministren serán resistentes y aptos para operación a las condiciones geográficas y meteorológicas de cada ciudad.

Se incluyen las acometidas provisionales para la alimentación de las cargas críticas en cada Sucursal durante los trabajos de montaje de las nuevas subestaciones, así como el desmonte y retiro de los elementos instalados actualmente, la correcta disposición final de los mismos y los certificados de disposición que apliquen según las normas ambientales vigentes.

Se debe indicar el valor de salvamento ofrecido por los elementos que se retiran.

Así mismo se incluye un ítem para la toma de muestras del aceite de los transformadores existentes actualmente en las subestaciones, para detectar la presencia de PCB's según protocolo EPA SW 846 método 9079, si el resultado de esta prueba es dudoso se deben realizar otros análisis más específicos como ASTM D 4059. Estas pruebas se deberán efectuar durante el primer trimestre de ejecución del contrato con el fin de determinar el tipo de disposición que se debe hacer al transformador¹⁷⁵.

“1.2 TRAMITES ANTE LA EMPRESA ELÉCTRIFICADORA

El Banco cuenta con la aprobación preliminar de los Operadores de Red de cada ciudad para las modificaciones que contempla el proyecto, por lo que se incluyen el alcance de los trabajos los trámites para la aprobación y la certificación de las subestaciones que se suministrarán según el RETIE.

Con este fin el Banco suministrará todos los documentos requeridos y hará los pagos por derechos de conexión, maniobras y otros que soliciten los Operadores de Red¹⁷⁶.

“1.6. OTROS ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS

¹⁷⁵ Especificaciones para el proyecto de suministro, instalación y puesta en marcha de subestaciones a nivel nacional, Oferta de FACELCO (págs. 44-45) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

¹⁷⁶ Especificaciones para el proyecto de suministro, instalación y puesta en marcha de subestaciones a nivel nacional, Oferta de FACELCO (pág. 45) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Si la especificación de un material instalado es inferior a la aprobada, se deberá cambiar y si es mayor se liquidará de acuerdo al precio contratado.

Cualquier cambio de especificación debe ser aprobado previamente por el Banco.

El hecho de recibir parcialmente los trabajos, no exime de responsabilidad al contratista, hasta tanto se efectúe el acta de recibo final.

La firma contratista será responsable por el estado y funcionamiento de los equipos hasta su entrega final, por lo cual deberán entregarse en perfectas condiciones de acabado y pintura.

La firma contratista se comprometerá a ejecutar la totalidad de los trabajos de suministro de los equipos a entera satisfacción del Banco, de acuerdo con lo especificado en la carta de invitación y sus anexos, además de los que describa en sus propuestas.

Los elementos componentes de las Subestaciones serán probados y recibidos por el Banco en el sitio de fabricación, antes de ser empacados y enviados a las Sucursales.

Si durante el período de garantía de las Subestaciones, se llegaren a presentar fallas imputables a la calidad de sus componentes, el contratista deberá además de suministrar los repuestos requeridos, dar el apoyo y la asesoría necesaria¹⁷⁷.

Ahora bien, en cuanto a las especificaciones técnicas, en sí, a continuación, se incluirán algunos pasajes de las obligaciones adquiridas, en particular por **FACELCO**:

“2.1 PLANOS Y DISPOSICION

Las Subestaciones estarán conformadas según los diagramas unifilares y las disposiciones aproximadas de los sitios donde se ubicarán.

¹⁷⁷ Especificaciones para el proyecto de suministro, instalación y puesta en marcha de subestaciones a nivel nacional, Oferta de FACELCO (pág. 46) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Antes de iniciar la construcción de las Subestaciones, la firma contratista remitirá una (1) copia de los distintos planos para aprobación del Banco¹⁷⁸.

“2.3 COORDINACION”

La firma contratista será responsable por la coordinación total, tanto eléctrica como mecánica, de todos los componentes que integran cada Subestación Unitaria. Esta coordinación implica el desarrollo de la ingeniería de detalle para lograr que el funcionamiento de la Subestación que otorgue un óptimo desempeño y una máxima protección tanto al personal como a los equipos¹⁷⁹.

“2.4 NORMAS”

Cada Subestación Unitaria será diseñada, fabricada y probada de acuerdo con los requisitos aplicables en las normas, RETIE, ANSI, ASA, NEMA; en particular se hará énfasis en que la Subestación forme un conjunto unitario " NEMA Tipo I ", con separaciones metálicas internas entre sus diferentes componentes teniendo cerrados totalmente todos sus lados, inclusive el piso, en lámina de acero de espesor no menor del calibre MSG # 14.

El conjunto total será soportado sobre una estructura fabricada en lámina o perfiles de acero lo suficientemente fuerte para que la Subestación no sufra distorsión en sus diferentes componentes durante el transporte o en el momento de ser colocada sobre una base desnivelada.

En la parte inferior de las celdas se deberá instalar una platina de cobre aislada de sección mínima de 20 por 3 milímetros y se unirá entre las celdas mediante cable de cobre desnudo No.2 AW, como mínimo, y conectores de compresión, este sistema deberá ser conectado al sistema de puesta a tierra mediante un cable calibre No.2 AWG. Las puertas de las celdas deberán conectarse a este barraje mediante trenzas de cobre estañado de sección equivalente.

¹⁷⁸ Especificaciones para el proyecto de suministro, instalación y puesta en marcha de subestaciones a nivel nacional, Oferta de FACELCO (pág. 47) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

¹⁷⁹ Especificaciones para el proyecto de suministro, instalación y puesta en marcha de subestaciones a nivel nacional, Oferta de FACELCO (pág. 47) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Las Subestaciones estarán provistas de facilidades para su desplazamiento; tales como: puntos para la aplicación de gatos y/o agarraderas para levantamiento por grúa.

El conjunto total será sometido a un proceso de desengrase, desoxidación y fosfatado para luego darle un acabado final en esmalte al horno.

Además de los requerimientos consignados en el presente documento, las Subestaciones deberán cumplir con todas aquellas normas establecidas por el operador de red local. Para su recibo se exigirá el protocolo de ensayos de rutina y la aprobación de esta empresa¹⁸⁰.

“2.6 SECCION DE TRANSFORMACION

Esta sección incluirá transformadores trifásicos, del tipo seco clase F con devanados embebidos en resina epóxica, con las características indicadas en cada uno de los diagramas unifilares. Para los transformadores baja-baja se aceptarán transformadores clase H.

Los devanados primario y secundario deberán ser fabricados en cobre electrolítico de alta conductividad, encapsulados en resina epóxica clase F, no higroscópico, auto extingible. (...)¹⁸¹.

De igual manera, y solo a título puramente ilustrativo, a continuación, el Tribunal copiará una tabla de las cantidades de obra para una de las subestaciones, que fue presentada en la Oferta, y que obligaba a **FACELCO**. Esto ayudará a comprender mejor, el riguroso detalle con el que se pactaron y acordaron las obligaciones a cargo del Contratista, así¹⁸²:

¹⁸⁰ Especificaciones para el proyecto de suministro, instalación y puesta en marcha de subestaciones a nivel nacional, Oferta de FACELCO (pág. 48) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

¹⁸¹ Especificaciones para el proyecto de suministro, instalación y puesta en marcha de subestaciones a nivel nacional, Oferta de FACELCO (pág. 50) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

¹⁸² Oferta de FACELCO (pág. 12) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

CUADRO ANEXO

PROYECTO : SUMINISTRO E INSTALACION DE LA SUBESTACION ELECTRICA SEGÚN ESPECIFICACIONES TÉCNICAS
EDIFICIO : MUSEO DEL ORO CARTAGENA

ITEM	DESCRIPCIÓN	LIND.	CANT.	PRESUPUESTO	
				VR. UNITARIO	TOTAL
1,0	Suministro e instalación juego de tres terminales premoldeados de media tension, para reemplazar el existente en la acometida de entrada de la subestacion.	Jgo	1	\$ 775.526	\$ 775.526
2,0	Suministro e instalación celda de protección; seccionador 63DA, 17.5kV, base porta-fusible; juego de fusibles 3x6 3A , tipo Hb1, DIN 262mm.	Und	1	\$ 6.508.417	\$ 6.508.417
3,0	Suministro e instalación de transformador 45 kVA, 13.2/0.208kV, tipo seco, Clase F; tres (3) descargadores de sobretensiones transitorias (DPS), polimerico, uso interior, 15 kV, 10 Ka.	Und	1	\$ 10.959.933	\$ 10.959.933
4,0	Suministro e instalación de transferencia automática de interruptores automáticos en configuración PLANTA-RED, celda metálica; dos (2) interruptores automáticos de caja moldeada (MCCB), capacidad de corriente 64-160A, unidad electrónica de disparo, mando motorizado, inter-enclavamiento mecánico y eléctrico, automatismo de control, descargador de sobretensiones transitorias (SPD), Clase B, 3P+N.	Und	1	\$ 10.424.020	\$ 10.424.020
5,0	Suministro e instalación de grupo de medición indirecta; 3xCT's, RTC: 125/5A, clase 0.5s; juego de borneras seccionables para medida, juego de borneras cono-circuitables para medida, bloque de pruebas, accesorios de fijación e instalación. El grupo de medida será instalado dentro de a celda de transferencia.	Und	1	\$ 770.528	\$ 770.528
6,0	Suministro e instalación de tablero TDG; según especificaciones técnicas.	Und	1	\$ 1.494.603	\$ 1.494.603
	Suministro de interruptores automáticos de caja moldeada (MCCB) para ser instalados en el tablero TDG, con las siguientes capacidades de corriente:				
7,0	Interruptor automático, rango de corriente 64 - 160 A, Unidad Electrónica de Disparo	Und	1	\$ 976.720	\$ 976.720
8,0	Interruptor automático, rango de corriente 11 - 16A, unidad de disparo regulable	Und	7	\$ 144.637	\$ 1.012.459
9,0	Suministro e instalación de acometida desde transformador a transferencia 3-1x2/0(F)+1-1x2/0(N)+1-1x4(T), TH9N/TH9N-2, en bandeja porta cable existente terminales de ponchar según calibre; accesorios de instalación y fijación.	M	15	\$ 119.390	\$ 1.790.700
10,0	Suministro e instalación de acometida desde generador a transferencia 3-2x4/0(F)+1-1x2 4/0(N)+1-1x2(T), TH9N/TH9N-2, en bandeja porta cable existente terminales de ponchar según calibre; accesorios de instalación y fijación.	M	16	\$ 331.253	\$ 5.300.048
11,0	Suministro e instalación acometida desde transferencia a TDG-1, 3-1x2/0(F)+1-1x2/0(N)+1-1x4(T), TH9N/TH9N-2, en bandeja porta cable existente terminales de ponchar según calibre; accesorios de instalación y fijación.	M	15	\$ 119.390	\$ 1.790.700
12,0	Traslado de acometidas de baja tension de la subestacion existente a la nueva, incluye empalmes y cables de los diferentes calibres en caso de ser requeridos.	Glb	1	\$ 2.825.498	\$ 2.825.498
13,0	Desmonte, retro y correcta disposicion de las celdas y equipos existentes, incluyendo el transformador.	Glb	1	\$ 836.740	\$ 836.740
14,0	Certificado de la subestación eléctrica de conformidad con el Reglamento Eléctrico de las Instalaciones Eléctricas -RETE	Und	1	\$ 3.641.820	\$ 3.641.820
1.	SUBTOTAL				\$ 49.107.712
2.	IVA SOBRE LA UTILIDAD DE 16%				\$ 235.717
3.	VALOR TOTAL				\$ 49.343.429
4.	VALOR DE SALVAMENTO POR LOS EQUIPOS QUE SE RETIRAN.				

A medida que las consideraciones avancen, el Tribunal hará referencias específicas a las obligaciones específicas.

Además de estos documentos, en el Manual de Contratación del **BANCO** en el artículo 13, relacionado con el Proceso de Contratación, se establece:

"[...] b) Documentos de invitación. Los documentos de invitación para contratar deberán establecer los requisitos objetivos que permitan obtener las mejoras propuestas para el Banco, las reglas del proceso de contratación, los criterios y la forma de evaluar las ofertas y las condiciones exigidas a los proponentes. Todo lo

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

anterior deberá ser adecuado y proporcional a la naturaleza del contrato y a su cuantía.

c) Los procedimientos de contratación se realizarán con sujeción a los términos de los documentos de invitación, tanto por parte de los invitados y proponentes como del Banco. [...]”¹⁸³.

Así mismo, la carta masiva de invitación a contratar el suministro e instalación subestaciones eléctricas –edificios varios a nivel nacional– **BANCO DE LA REPÚBLICA**¹⁸⁴, sin especificarlas, enviada a todos los que tuvieran interés, en la cual se dice: “*El Banco de la República está interesado en adelantar los trabajos del asunto para lo cual mediante acta del Comité de Compras No. 2.666 del 19 de septiembre de 2013, los invita a presentar oferta, de acuerdo con las especificaciones técnicas, los planos y el formato de presupuesto, adjuntos*” (cursiva, subrayas y negrilla fuera de texto), todo lo cual, como lo anotamos más arriba entró a hacer parte de la Oferta de **FACELCO** y, en consecuencia, del Contrato.

De otra parte, algunos de los declarantes se refirieron al proceso de contratación. Así la señora SANDRA PATRICIA ESCOBAR LORA, Consultora Senior del **BANCO**, dijo que éste contrató los diseños de las subestaciones con otra firma y luego empezó el proceso de contratación¹⁸⁵.

EUGENIO SIMÓN RÍOS OVIEDO, Subdirector de Infraestructura del **BANCO** aseveró que en los años 2012 y el 2103, el Comité de Compras empezó el proceso de contratación, para ello recomienda la contratación, y para la invitación pública, envía una comunicación con las especificaciones técnicas, señala las fechas de aclaraciones de preguntas, las que responde el **BANCO** y, dispone la realización de unas visitas técnicas¹⁸⁶.

¹⁸³ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000372.

¹⁸⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000002; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000002.

¹⁸⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000391.

¹⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000402 a 000403 vuelto.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

LUIS FRANCISCO ÁLVAREZ CORREDOR, el actual Director del Departamento de Infraestructura del **BANCO**. El régimen de contratación es propio del **BANCO**. Se establecen unas especificaciones técnicas, y el costo se calcula de acuerdo con las propuestas que presentan los interesados¹⁸⁷.

Sobre estos testimonios, en lo que respecta a las condiciones del proceso de contratación, pero, sobre todo, con relación a las dificultades en la ejecución del Contrato, volveremos más adelante.

*2.3.3.2. ¿Incumplió **FACELCO** el Contrato y los Otrosíes?*

Tras revisión del expediente completo, incluyendo las diversas pruebas documentales, en particular las actas sobre el estado de las obras con los Otrosíes suscritos y algunos mensajes del propio Demandado dirigidos al Demandante donde claramente admite estar en situación de incumplimiento, unidas a todas las declaraciones recepcionadas, quedó establecido que **FACELCO** no cumplió la totalidad de sus obligaciones, por hechos exclusivamente imputables a él.

De la documentación y los testimonios recepcionados, pareciera que una de las primeras causas del incumplimiento contractual, imputables exclusivamente al Demandado, y que habría generado no solo el incumplimiento en la calidad de los suministros de transformadores, sino también el incumplimiento de los plazos de entrega e instalación de subestaciones eléctricas que se fueron multiplicando a lo largo de la ejecución contractual, consistió en el error, que cometió **FACELCO**, al entregar transformadores con rebobinados en aluminio y no en cobre, como lo exigía claramente las Especificaciones Técnicas¹⁸⁸. Sobre esta obligación, tanto de

¹⁸⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000423 a 000423 vuelto.

¹⁸⁸ **2.6 SECCION DE TRANSFORMACION**

Esta sección incluirá transformadores trifásicos, del tipo seco clase F con devanados embebidos en resina epóxica, con las características indicadas en cada uno de los diagramas unifilares. Para los transformadores baja-baja se aceptarán transformadores clase H.

Los devanados primario y secundario deberán ser fabricados en cobre electrolítico de alta conductividad, encapsulados en resina epóxica clase F, no higroscópico, auto extingible. [...]” (negrilla y subrayas en original) Especificaciones para el proyecto de suministro, instalación y puesta en marcha

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

rebobinados como de devanados en cobre, no cabe duda, máxime cuando el propio **FACELCO** pidió aclaraciones al respecto y en comunicación del 17 de octubre de 2013, el **BANCO** respondió lo siguiente¹⁸⁹:

“1. En el numeral 2.6 de los términos de referencia relacionados con la sección de transformación, se indica que los devanados primarios y secundarios de los transformadores deben ser de cobre eléctrico. Sin embargo, más adelante en el mismo numeral se indica conductores en aluminio. Por favor aclarar material de construcción de los devanados.

R/ Se confirma que el material de construcción de los devanados de los transformadores será cobre eléctrico”.

Todos los testimonios, incluyendo el del Sr. GUTIÉRREZ PEÑALOZA, quien actuó como ingeniero de **FACELCO**, confirmaron este incumplimiento de **FACELCO**, en los siguientes términos:

“Se presentó una situación en el avance del proyecto donde los transformadores de distribución principal que hacen parte del proyecto se habían solicitado de acuerdo a las especificaciones técnicas de las condiciones comerciales con bobinado en cobre, Facelco lo suministro cómodo en aluminio. Allí empezaron como los inconvenientes, Facelco presentó toda la documentación y respaldos técnicos, para comprobarle al Banco o tratar de darle a entender que también es un producto que cumplía todas las características y condiciones técnicas para el proyecto etc., más, sin embargo, esto no pudo ser aceptado por el Banco y le correspondió a Facelco iniciar con el cambio de estos 13 o 14 transformadores, que si los valorizamos tienen un precio grande dentro del total de la oferta de producción, o sea, es un producto grande...(Interpelado)”¹⁹⁰.

“SR. GUTIÉRREZ: Como te repito de acuerdo a las especificaciones que se indicaron en el contrato, se exigía que fuera cobre, por un error de fase del punto del área

de subestaciones a nivel nacional, Oferta de FACELCO (pág. 50) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

¹⁸⁹ Oferta de FACELCO (pág. 96) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

¹⁹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000434 vuelto.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

comercial se solicitaron aluminio y cotizaron aluminio, obviamente entre el cobre y el aluminio hablando en costos hay una diferencia es bastante grande, entonces parte de la negociación que ese momento quiso hacer Facelco con el Banco era que así de pronto tuvieran que descontar un porcentaje por la diferencia se hiciera, pero que por favor nos aceptara los transformadores que iban a funcionar y se les entregó el soporte pues correspondiente, vuelvo y le repito no se llevó la negociación y Facelco empezó a cambiar algunos de los transformadores hasta donde yo me di cuenta, que vuelvo y le digo un manejo se hacía en Medellín y otro en Bogotá directamente.

[...]

SR. GUTIÉRREZ: Ya a partir de ese momento se empezaron a recoger los transformadores, no sé cuántos, de cada sucursal bancaria que hacía parte del proyecto, y se cambiaron los que te nombre que se instalaron como tal que fue Ibagué, Villavicencio, Bucaramanga, hasta ahí, si entregaron otros en otras ciudades de manera suelta no lo conozco”¹⁹¹.

“DRA. CORREA: Señor Ríos, qué pena, que lo interrumpa. Cuando dice usted que los transformadores que fueron entregados en un primer momento por Facelco no correspondía con las especificaciones técnicas que ustedes habían contratado?

SR. RÍOS: Sí.

DRA. CORREA: Recuerda usted y que Facelco reconoció al cambiarlos?

SR. RÍOS: Sí.

DRA. CORREA: Porque entiendo que accedió sin ningún problema al cambio de los mismos, recuerda usted cuál fue la excusa de Facelco, qué dijo, por qué había entregado unos que no eran?

SR. RÍOS: Bueno. La especificación mencionaba que el devanado, el devanado en la bobina, un tema técnico, la bobina que vuelve el núcleo debe hacer en alambre de cobre, Facelco lo entregó en aluminio, ellos aducen que fue una equivocación en el momento de hacer la orden de compra.

¹⁹¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000435.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Después nos enviaron una serie de documentaciones técnicas, al principio tratando de que lo aceptáramos, en la que se mostraba que de pronto las pérdidas que se iban a presentar no eran tan altas como se piensa que se establece que se presentan con este tipo de material, que se lo aceptáramos, pero aceptaron el cambio al devanado en cobre, o sea, básicamente lo que dijeron que fue una equivocación por parte de ellos.

DRA. CORREA: Un error.

SR. RÍOS: sí, exactamente.

DRA. CORREA: Gracias.

SR. RÍOS: No fue nada voluntario y por ahorrar costos no.

DRA. CORREA: Fue un simple error.

SR. RÍOS: Así es¹⁹².

“SR. CABATIVA: Bueno. Entonces, yo previo a que se hiciera ese suministro yo le solicité a él que me enviara las fichas técnicas de la subestación. Yo las revisé, aparentemente todo estaba obedeciendo, pero hubo un tema que sí el banco pidió una especificación concreta, que era que los devanados de los transformadores fueran en cobre. Yo cuando vi que ellos los habían fabricado, ya los tenían listos en aluminio, entonces yo dije, bueno, ustedes aquí están incumpliendo con un requerimiento que hizo el banco. Entonces lo cierto fue que el proyecto iba un poco corto de tiempo, entonces había cierta presa de cumplir con el cronograma de ejecución¹⁹³.”

“DR. GIRALDO: Pero el incumplimiento principal de Facelco fue ese, el de no entregar los transformadores con devanados en cobre?”

SR. CABATIVA: Hasta donde yo manejé el contrato, ese fue el problema¹⁹⁴.

¹⁹² Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000404 a 000404 vuelto.

¹⁹³ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000415 vuelto.

¹⁹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000417.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Tras comprobar este incumplimiento, objetivamente hablando, el Tribunal quiso asegurarse sobre la negativa del **BANCO**, de cambiar el material de los devanados, toda vez que el fabricante había dado una certificación en el sentido de que el aluminio cumplía con las especificaciones técnicas, incluso el **BANCO** hizo la visita directamente a la Fábrica en Sabaneta, para verificar el material, y no aceptó el cambio. El Director del Departamento de Infraestructura, arquitecto LUIS FRANCISCO ÁLVAREZ CORREDOR, manifestó que las condiciones técnicas no se podían cambiar.

Dijo que las especificaciones técnicas las define un grupo de ingeniería con unos propósitos específicos, y con base en ellas se contrata. El grupo de ingeniería recomendó que los rebobinados fueran en cobre porque ofrecían unos niveles de seguridad especiales, y por las actividades del **BANCO**, financieras, culturales con atención de público, la seguridad es determinante en esos equipos tan sensibles. Además, el **BANCO** no puede cambiar las especificaciones de un contrato que celebró con convocatoria abierta, porque cambian las condiciones del contrato¹⁹⁵. Añadió que el **BANCO** trató de llegar a acuerdos con el contratista, pero lo que este proponía no se podía aceptar, porque se modificaban las condiciones de convocatoria y ya el plazo final se había vencido¹⁹⁶.

No había duda que los transformadores debían bobinarse en cobre, pues así lo reiteró el ingeniero EUGENIO SIMÓN RÍOS OVIEDO, en la comunicación enviada a **FACELCO** el 4 de marzo de 2015, donde le recuerda que, según las especificaciones técnicas del Contrato y la cláusula vigesimocuarta del mismo, el bobinado de los transformadores debe ser en cobre y no en aluminio¹⁹⁷. No obstante, los fabricaron en aluminio. Efectivamente, en comunicación del mayo de 2017, en comunicación firmada por EUGENIO SIMÓN RÍOS OVIEDO, el **BANCO** le solicita a **FACELCO**

¹⁹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000426 vuelto a 000427.

¹⁹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000428 vuelto.

¹⁹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000157; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000157.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

retirar los transformadores Cúcuta, Girardot, Ibagué, Leticia, Pasto, Riohacha y Santa Marta, porque no cumplen con las especificaciones técnicas¹⁹⁸.

Ahora bien, en cuanto al resto de incumplimientos de los que se le acusa a **FACELCO**, consistentes básicamente en no cumplir con los plazos pactados en el Contrato, en los cronogramas y los diferentes Otrosíes, las pruebas aportadas en el expediente son inequívocas en cuanto a la existencia de los mismos.

Cierto, el propio contratista, **FACELCO**, reconoció la imposibilidad de cumplir en la comunicación del 28 de julio de 2016¹⁹⁹, en la que afirmó que hasta el 28 de julio agotaron todas las posibilidades para cumplir en Leticia²⁰⁰, porque tenía todo

¹⁹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000156; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000156.

¹⁹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000146; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000146.

²⁰⁰ Los testigos coinciden en que fue precisamente lo acontecido con Leticia, lo que alertó al **BANCO** de la pobre capacidad de **FACELCO** para cumplir el Contrato. La Sra. Escobar manifestó que: “la primera alerta para el banco de que la empresa no tenía las condiciones para terminar las labores contratadas fue que en Leticia se obtuvieron todos los permisos, sin embargo, la firma que había dicho yo tengo aquí todos mis equipos porque el transporte a Leticia solo se puede hacer transporte aéreo pues el banco entendía que los costos eran altos, el banco estableció en las reuniones de gestión del contrato que perfectamente podían ellos trasladar sus equipos al momento de que tuvieran todo coordinado para la instalación. Entonces la primera instalación para Leticia se estableció como en febrero, marzo de 2016 y la firma al principio la canceló argumentando que no había logrado conseguir el cupo en el avión para el transporte de los equipos, el Banco lo entendió, la firma llevó una certificación de eso. Pero posteriormente ese plazo se amplió 3 veces y ya al final, ya la firma dijo no, es que no tengo los recursos económicos para pagar todos los traslados, entonces digamos que esa fue una afectación del Banco, porque para hacer los trabajos en Leticia había que hacer unas obras civiles para abrir el ingreso de los equipos a la biblioteca, el banco las adelantó y después finalmente la firma no instaló los equipos entonces por lo tanto el banco tuvo que cerrar nuevamente los muros y eso por seguridad” (Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000393 a 000393 vuelto). El Sr. RÍOS OVIEDO, por su parte, expuso que: “Ya como les comentaba, cuando estábamos por instalar la subestación de Leticia se había coordinado todos los cortes necesarios porque para instalar las subestaciones es necesario hacer unos cortes, que lo debe coordinar el operador de red local, la firma incumple, ese día queda toda la operación prevista, el operador quedó en la sucursal esperando que llegaran los operarios y el equipo, la firma Facelco envió una carta al Banco diciendo que había tenido problemas con el transporte aéreo, importante mencionar, que en Leticia solamente se puede transportar de forma rápida por avión y si es por barco se demora casi un mes, entonces lo más efectivo era por avión, ellos decían que habían tenido problemas en el cupo de la carga, que por esa razón no habían cumplido. Luego, complementaron la carta diciendo que habían tenido problemas económicos para pagar este transporte aéreo, a lo cual el banco ya empezó a alarmarse porque nosotros hemos girado un anticipo que no se había amortizado todavía el 100% y consideramos que la firma debería tener todavía recursos del Banco como para pagar este tipo de temas. Lo llamamos, empezamos a hablar con ellos, fue cuando

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

dispuesto para transportar 1.400 kilos de equipos y materiales necesarios para cumplir con la ejecución pero que no les fue posible ya que terceros acreedores le incumplieron compromisos económicos.

En respuesta a la anterior comunicación, el ingeniero EUGENIO SIMÓN RÍOS OVIEDO, Director de Adecuaciones y Mantenimiento del Departamento de Infraestructura del **BANCO**, le envió a **FACELCO** un oficio con fecha 1º de agosto de 2016, en la que le pide “establecer las acciones necesarias a fin de cumplir con el cronograma establecido y de esa manera no generar la afectación de los plazos establecidos en el contrato”²⁰¹.

El 10 de agosto de 2016, se reunieron, por parte del **BANCO**, EUGENIO SIMÓN RÍOS OVIEDO, Subdirector de Adecuación y Mantenimiento, JORGE VÁSQUEZ, ingeniero electricista, y por parte de **FACELCO**, LUIS FERNANDO TABARES RUIZ, Gerente General de **FACELCO** y WILSON GUZMÁN, Gerente, para hacerle seguimiento a la ejecución del Contrato, y dejaron la siguiente constancia en el acta: ***“La firma contratista Facelco Manifiesta que tiene inconveniente, para terminar el alcance definido en el contrato la fecha estipulada. De acuerdo a lo anterior el cronograma propuesto no se va a poder cumplir. La firma se compromete con el Banco a informar en el momento en que se solucionen los inconvenientes y se pueda establecer un nuevo cronograma. La firma contratista tiene claridad sobre las penalizaciones que se establecen en el contrato por el incumplimiento***

empezaron a comentar que tenían problemas económicos producto de incumplimientos que tenían con otros contratos, al parecer el edificio, el rascacielos, el Bacatá, ellos tenían un contrato muy grande y parece que tuvieron bastantes problemas al final del contrato y nos les pagaron, era un contrato de muchos miles de pesos, no sabemos exactamente, pero eso les generó problemas, ya empezaban a tener demandas. Entonces, se acercó la fecha de finalización del contrato, la última fecha de finalización que teníamos establecida, se establecieron unos compromisos para que ellos pudieran terminar a satisfacción todo el alcance, a lo que no se cumplieron ninguna de los compromisos siempre a lo que ellos decían que tenían problemas económicos, por lo cual no podía ni trasladar personal ni seguir suministrando los materiales que estaban previsto en el contrato. La fecha contractual termina, el Banco los invita nuevamente por correspondencia y por diferentes medios a que hagan lo posible por entregar lo que ya estaba contratado y le recordaba que podía haber unas penalizaciones previstas en el contrato” (Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000403 a 000403 vuelto).

²⁰¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000147; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000147.

TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612

*en las fechas de entrega". Firman los que en ella intervinieron*²⁰² (negrilla y cursiva por fuera del texto).

En reunión del 31 de agosto, en la que estuvieron presentes las mismas personas que estuvieron en la reunión del 10 de agosto, excepto JORGE VÁSQUEZ, por el **BANCO**, quien fue sustituido por la Consultora SANDRA PATRICIA ESCOBAR LORA, **FACELCO** asumió nuevas obligaciones para el cumplimiento del Contrato. Así consta en el acta No. 22, suscrita por los que en ella intervinieron²⁰³.

En esta oportunidad tampoco **FACELCO** cumplió, razón por la cual la ingeniera SANDRA PATRICIA ESCOBAR LORA tuvo que informarle a EMGESA, por correo electrónico, del 8 de septiembre de 2016, que por incumplimiento del contratista **FACELCO**, se cancelaban las maniobras programadas en la subestación de Villavicencio porque no se podían llevar a cabo en septiembre para la fecha programada con **FACELCO**²⁰⁴.

Nuevamente el 22 de noviembre de 2016, **FACELCO** le envía al **BANCO** un cronograma completo para concluir todos los trabajos pendientes en todas las subestaciones, indicando cuáles eran los faltantes en cada una, qué trabajos se realizarían, proyectando terminarlos el 31 de marzo de 2017²⁰⁵.

El **BANCO** respondió la comunicación anterior, el 18 de enero de 2017, señalando que no podía aceptar la solicitud del plazo porque el término contractual estaba vencido. Sin embargo, el **BANCO** evaluó la "propuesta desde los puntos de vista técnico, jurídico y financiero lo cual arrojó como resultado la imposibilidad para el Banco de aceptar los términos planteados. Por consiguiente, iniciaremos el trámite del

²⁰² Acta No. 21, Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000148 a 000148 vuelto; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000148 a 000148 vuelto.

²⁰³ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000149 a 000149 vuelto; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000149 a 000149 vuelto.

²⁰⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000150 a 000150 vuelto; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000150 a 000150 vuelto.

²⁰⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 000151 a 000152; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000151 a 000152.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

acta de liquidación del Contrato para lo cual esperamos contar con su colaboración”²⁰⁶.

Queda entonces ampliamente demostrado que **FACELCO** incumplió el Contrato. Sin embargo, dicho incumplimiento debe entenderse de manera parcial, tal como lo confirman los propios testigos del **BANCO**. En efecto, la Sra. ESCOBAR LORA, informó que:

“Entonces el banco dio el plazo máximo que se permitía teniendo en cuenta las circunstancias con los operadores de red, en ese transcurso se cumplieron los proyectos o sea se obtuvieron todos los permisos de las estaciones de Bucaramanga y de Villavicencio y se instalaron en las sucursales de Cali, Montería y la fábrica de moneda, no era el cambio 100% de la subestación, sino era el cambio de algunos elementos y la firma cumplió con esos trabajos o sea, al final del plazo contractual la firma había ejecutado los trabajos de Bucaramanga de Villavicencio, de Cali, de Montería, de la fábrica de la Moneda y entregó e instaló algunos equipos en Ibagué, pero no dejó instalada 100% la subestación.”

DRA. CORREA: Perdona, es solo para nuestro entendimiento entonces Facelco ejecutó completamente el contrato con respecto a las instalaciones de Bucaramanga, Villavicencio, Cali, Montería y la casa de la Moneda?

SRA. ESCOBAR: Y parcialmente en los demás

DRA. CORREA: Parcialmente en los demás?

SRA. ESCOBAR: Parcialmente son estos equipos así en guacales sin instalar.

DRA. CORREA: O sea, por parcialmente, ¿usted entiende solamente haber entregado equipos sin haberlos instalado?

SRA. ESCOBAR: Sí señora”²⁰⁷.

(...)

²⁰⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000154; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000154.

²⁰⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000393.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

“DR. BORRÁS: En la totalidad de las subestaciones en algunas Facelco cumplió los compromisos que usted indicó en otra se limitó a dejar algunos equipos incumpliendo las características de algunos de ellos.

SRA. ESCOBAR: Sí.

DR. BORRÁS: Pero en términos generales ¿esos materiales pudieron ser habilitados en su totalidad por los servicios adicionales contratados por el Banco?

SRA. ESCOBAR: Sí señor así fue, hubo muy pocas cosas que, por ejemplo, recuerdan que yo les mostré unas fotos que quedaron unos equipos a la intemperie, el banco entró a contratar eso para protegerlos, entonces digamos que iban muy pocos elementos que se afectaron y que hubo que reemplazarlos, pero en general lo poco que el dejo se pudo utilizar”²⁰⁸.

Así las cosas, el incumplimiento contractual de **FACELCO**, de manera global, queda suficientemente probado en este proceso. Falta determinar, si el **BANCO**, por su parte, incumplió el Contrato.

*2.3.3.3. ¿Incumplió el **BANCO** el Contrato y los Otrosíes?*

De las pruebas obrantes en el expediente, nada deja entender que hubo incumplimientos contractuales por parte del **BANCO**. En efecto, en lo que concierne las pruebas documentales aportadas y producidas no puede desprenderse que **FACELCO** haya, en algún momento, acusado al **BANCO** de un incumplimiento que le hubiera, además, excusado de sus incumplimientos. La misma conclusión puede desprenderse de los testimonios.

Los testigos del **BANCO** fueron determinantes en afirmar que **FACELCO** nunca reclamó al **BANCO** algún tipo de incumplimiento de su parte o mostró algún tipo de insatisfacción por parte del **BANCO** en cuanto a la ejecución de las obligaciones de este último. La Sra. ESCOBAR LORA y el Sr. ÁLVAREZ CORREDOR, respectivamente, afirmaron lo siguiente:

²⁰⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000395 vuelto.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

“DR. BORRÁS: Muchas gracias, señora Escobar, en algún momento de la etapa de la ejecución del contrato Facelco atribuyó parte de las dificultades en su cumplimiento algún comportamiento del banco?”

SRA. ESCOBAR: No, no señor.

DR. BORRÁS: No lo hizo ni verbalmente, ni por escrito?

SRA. ESCOBAR: No”²⁰⁹.

“DR. BORRÁS: En el contacto que hubiera tenido con Facelco en razón a sus responsabilidades, en algún momento Facelco le expuso al banco inquietudes que supusieran que el banco, desde la perspectiva de Facelco, habría incumplido obligaciones o Facelco le atribuyó algún comportamiento del banco el incumplimiento en el que estaba incurriendo?”

SR. ÁLVAREZ: No, en ningún momento. Siempre que se presentaban situaciones y Facelco exponía las razones por las cuales el cronograma no se venía cumpliendo, aquellas que el banco encontró justificables, que como también ya mencioné, dieron lugar a 5 ampliaciones del contrato, se recibieron digamos de manera afirmativa por parte del banco concediendo la ampliación del contrato, y en los casos en los que fue necesario hacer modificaciones a los términos económicos también el banco hizo incrementos del contrato. No recuerdo la cifra exacta, pero el contrato tuvo un incremento de su valor inicial y saldo final de cerca de 1000 millones de pesos, y hablo de cifras redondas”²¹⁰.

Estos testimonios son confirmados por el del Sr. Cabiativa, ingeniero del **BANCO** en la época de la contratación con **FACELCO** y que fuera llamado de oficio por el Tribunal:

“DRA. ESCALANTE: Hasta donde usted tuvo conocimiento del contrato, Facelco en algún momento manifestó incumplimientos por parte del banco?”

²⁰⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000394 vuelto.

²¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000424 vuelto a 000425.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

SR. CABATIVA: Incumplimientos por parte del banco, hasta donde yo estuve, no, ellos no manifestaron incumplimiento²¹¹.

Finalmente, el propio ingeniero GUTIÉRREZ PEÑALOZA, quien hizo parte de **FACELCO**, informó que:

“DR. BORRÁS: ¿Desde su perspectiva del Banco de la República cumplió el contrato en las obligaciones que tenía?

SR. GUTIÉRREZ: Vuelvo y le digo, lo que alcancé a conocer, inicialmente el proyecto nació por equis valor, posteriormente se fueron presentando adicionales, pero de acuerdo a lo acordado en ese momento como parte del contrato, se iban cumpliendo con los pagos hasta donde yo supe, hubo un anticipo hubo unos pagos por entregas parciales del trabajo, etc. hasta ahí supe que cumplieron. No conozco ningún problema o algo al respecto o nunca me enteré²¹².

Así las cosas, el Tribunal concuerda con el Ministerio Público en que “al revisar las pruebas obrantes en el expediente, especialmente las comunicaciones intercambiadas entre los contratantes, no se observan requerimientos o manifestaciones por parte de FACELCO S.A.S., relacionados con incumplimientos o dificultades derivadas de algún incumplimiento de obligaciones por parte del **BANCO** de la República. En cuanto a la actitud del **BANCO**, en calidad de contratante, se observa que el mismo entregó el anticipo requerido para la ejecución del contrato, realizó transferencia (sic) electrónicas y consignaciones al contratista y buscó dar soluciones a los imprevistos presentados, dando lugar a los Otrosíes, para ampliar los plazos necesarios para culminar las obras, incrementar el valor del contrato de conformidad con los nuevos requerimientos e incluir obras adicionales surgidas de exigencias de los operadores locales²¹³, por lo que nada, en el expediente, permite reprocharle alguna conducta contractual inapropiada al **BANCO** durante la ejecución del Contrato.

²¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000420.

²¹² Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000435 vuelto a 000436.

²¹³ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000425.

2.3.3.4. Conclusión

En conclusión, de acuerdo al Contrato y sus documentos integrantes, **FACELCO** incumplió parcialmente dicho Contrato, cosa que no puede ser afirmada del **BANCO**, quien pareciera haber siempre cumplido sus obligaciones contractuales, por lo que el Tribunal aceptará parcialmente la primera pretensión del **BANCO**.

2.4. Pronunciamiento sobre el perjuicio reclamado y su quantum

El Tribunal pasará a estudiar la segunda pretensión del Demandante relativa al reclamo de una indemnización por concepto de perjuicios que habría sufrido en razón a los incumplimientos del Demandado. Para ello, el Tribunal expondrá, primero que todo, la posición del **BANCO** (2.4.1.), enseguida el concepto del Ministerio Público (2.4.2.) y, finalmente, presentará sus conclusiones (2.4.3.).

2.4.1. Posición del Demandante

El Demandante en su escrito de reforma de la demanda presenta la siguiente pretensión²¹⁴:

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior pretensión, se condene a FACELCO S.A.S. sociedad comercial con NIT. 811.001.599-6, a pagar a favor del BANCO DE LA REPÚBLICA los perjuicios de todo orden que le causaron con el incumplimiento del Contrato Nro. CT0135 00621400 de 21 de mayo de 2014 cuyo objeto era el “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué” y de las cinco (5) prórrogas del contrato suscritas, resultante de las cantidades de obra que tuvo que contratar nuevamente el BANCO DE LA REPÚBLICA para la conclusión de los trabajos en las ciudades de Cúcuta, Girardot, Leticia, Pasto, Valledupar y Santa Marta y los valores estimados

²¹⁴ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000316 a 000317 y 000359 a 000360.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

para la conclusión de los trabajos encomendados a la sociedad FACELCO S.A.S., en las ciudades de Cartagena, Quibdó, Ibagué, Quibdó y Riohacha, por cuanto no fueron realizadas ni ejecutadas por la parte convocada, así como los sobrecostos financieros, o costos de oportunidad en que ha incurrido mi mandante a fin de ejecutar el mencionado contrato, y que por ser contrataciones que se han venido efectuando en el año 2017 ascienden a la suma DOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS M/CTE (\$2.774.267.783) valores que resultan discriminados así:

VALOR TRABAJOS CONCLUSIÓN PROYECTO

ITEM	SUCURSAL	VALOR INCLUIDO IVA
TRABAJOS APROBADOS EN PROCESO DE FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS		
1	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Cúcuta	\$ 336.297.201
2	Instalación Subestación Eléctrica Agencia Cultural de Girardot	\$ 231.845.907
3	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal Ibagué	\$ 247.504.854
4	Instalación Subestación Eléctrica Biblioteca Leticia	\$ 248.128.634
5	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal Pasto	\$ 273.625.632
6	Suministro e instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Quibdó	\$ 467.081.756
TRABAJOS NO APROBADOS O EN PROCESO DE CONTRATACIÓN		
1	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Riohacha	\$ 298.696.421
2	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Santa Marta	\$ 238.027.573
3	Instalación Subestación Eléctrica Sucursal de Valledupar	\$ 283.368.731
4	Instalación Subestación Eléctrica Biblioteca Cartagena	\$ 149.691.074
1.0	TOTAL	\$ 2.774.267.783

Más adelante, en el mismo memorial, el Demandante afirmó que:

“[...] la sociedad convocada no cumplió con su obligación de suministrar los equipos y realizar la instalación y montaje de las subestaciones eléctricas acordadas en el objeto del contrato, lo que ocasionó graves perjuicios al BANCO, pues no sólo no se ejecutó a cabalidad el contrato, sino que, además, la entidad se vio obligada a realizar nuevas contrataciones a un mayor costo, y por demás, la sociedad FACELCO S.A.S. a la fecha tiene sumas en su poder que no fueron ejecutadas y tampoco han sido

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

devueltas al Banco”²¹⁵.

“[citando a Tamayo, 1999, p. 41] la responsabilidad contractual tendrá su causa en el incumplimiento de la convención o acuerdo, y como consecuencia de ello se producirá un daño. Para determinar la existencia de este tipo de responsabilidad, es necesario un contrato válido entre el supuesto responsable y la víctima, y que el daño sea directamente imputable al incumplimiento; además, se requiere la existencia de un comportamiento activo u omisivo del demandado, que ocasiona un perjuicio al demandante (Tamayo, 1999, p. 41)”²¹⁶.

“[...] De acuerdo a lo anterior, y en atención a que el último plazo que tenía la sociedad FACELCO S.A.S. para ejecutar a cabalidad el contrato era hasta el 05 de septiembre de 2016 de conformidad al Otrosí CT0135 00621405 suscrito, y no lo hizo, es claro que el contrato de suministro celebrado fue incumplido pues no fue ejecutado dentro del término previsto para tal fin”. (Se resalta) En ese sentido, EL BANCO DE LA REPÚBLICA se encuentra facultado para demandar el pago de los perjuicios causados con ocasión del incumplimiento ocasionado por parte de la sociedad convocada y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.604 del Código Civil, “El acreedor que demanda daños y perjuicios en virtud de la inejecución de una obligación contractual no está obligado a demostrar la culpa de deudor. Únicamente le corresponde probar que el deudor se encuentra obligado y que no cumplió, y este debe demostrar que obró con diligencia y cuidado (art. 1604, inc. 3)”²¹⁷.

Finalmente, en su memorial de alegatos de conclusión, solicitando el mismo monto a título de indemnización del perjuicio que habría sufrido, el **BANCO** se focaliza en afirmar que el monto del perjuicio establecido en su juramento estimatorio no fue objetado, en los términos del artículo 206 del CGP, por lo que se entiende en firme, solicitando al Tribunal que del monto total de la condena descuenta lo que la Llamada en Garantía pagó al Llamante en Garantía en virtud del acuerdo conciliatorio²¹⁸.

²¹⁵ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000343 y 000387.

²¹⁶ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000344 y 000388.

²¹⁷ Cuaderno Principal No. 1, Folios 000345 y 000389.

²¹⁸ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000408 y 000410.

2.4.2. Concepto del Ministerio Público

La señora Agente del Ministerio Público, si bien acepta que el **BANCO** sufrió un perjuicio, considera que el mismo no fue debidamente probado, al menos en su totalidad, y que de todas maneras hubo circunstancias derivadas del hecho del propio **BANCO** y otras causas exógenas que hacen que se reduzca el monto a indemnizar²¹⁹. Para ser exactos, en términos del Concepto del Ministerio Público:

“Pretende el demandante que se reconozcan perjuicios por \$2.774'267.783, con origen en valores estimados para la conclusión de los trabajos no ejecutados por Facelco; los sobrecostos financieros o costos de oportunidad incurridos.

Al respecto, debe señalarse que no obran pruebas relacionadas con sobrecostos financieros o costos de oportunidad incurridos por el Banco de la República y que puedan ser reconocidos como perjuicios originados en el incumplimiento de Facelco”²²⁰.

Sobre el tema de los sobrecostos que tuvo el **BANCO** como consecuencia de otros contratos para el suministro e instalación de subestaciones eléctricas, añadió la Agente del Ministerio Público que los testimonios de la Sra. ESCOBAR LORA y del Sr. RÍOS OVIEDO no pueden ser concluyentes puesto que resultan contradictorios, toda vez que mientras para aquella el **BANCO** habría incurrido en costos al tener que cambiar los equipos y transformadores suministrados por **FACELCO**, éste concluye que estos últimos no habrían implicado mayores costos porque sencillamente fueron cambiados por el Contratista.²²¹

Al mismo tiempo, la Señora Agente del Ministerio Público da una ojeada a los documentos con los que el **BANCO** pretende soportar sus reclamos económicos a título de perjuicio, i.e. tablas Excel del mismo **BANCO** sobre valores del proyecto y contratos firmados posteriormente a la salida de **FACELCO**, pero indica que esos documentos tampoco son concluyentes sobre el monto del perjuicio, pues “no se

²¹⁹ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000446.

²²⁰ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000444.

²²¹ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000444 a 000445.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

encuentra probado que los 3 contratos restantes se relacionan con la terminación de las obras no ejecutadas por Facelco, ni el monto de los mismos, teniendo en cuenta además que el mensaje se refiere a “contratos y otros íes” que fueron radicados y formalizados en la unidad de contratos.”²²², lo que la lleva a concluir que: “Así las cosas, en criterio de esta Agente del Ministerio Público sólo es posible tener en cuenta los valores efectivamente demostrados en el trámite arbitral, a través de los respectivos contratos aportados”²²³.

2.4.3. Consideraciones del Tribunal

Para este Tribunal, resulta claro que el Contratista incumplió parcialmente sus obligaciones contractuales y, por lo tanto, el Contratante cumplido puede reclamar la indemnización de perjuicios causados con el incumplimiento a la luz de los artículos 1546 del C.C. y 970 del C.Co. Sin embargo, para determinar si hay lugar a indemnizar el perjuicio reclamado, el Tribunal deberá hacer el análisis completo de la responsabilidad, en un primer momento (2.4.3.1.), para luego entrar a determinar si dicho perjuicio fue efectivamente probado por el Demandante (2.4.3.2.). Al final, el Tribunal presentará su conclusión con respecto a la pretensión segunda del Demandante (2.4.3.3).

2.4.3.1. Análisis de la responsabilidad para determinar si el perjuicio es indemnizable

El Tribunal recordará que el Demandante, como se evocó más arriba en el acápite 2.4.1., optó por un esquema básico de responsabilidad, donde para probar la misma, se requería (i) la existencia de una obligación (el Contrato) que (ii) haya sido incumplida por el deudor, sin que la prueba de la culpa de éste último sea necesaria y, que contraste con (iii) el comportamiento diligente, cumplido y cuidadoso del acreedor, para concluir que todos esos tres elementos se satisfacían en el caso *sub examine* y, en conclusión, el Tribunal tenía todos los elementos suficientes para acceder a su

²²² Cuaderno Principal No. 4, Folio 000446.

²²³ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000446.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

pretensión indemnizatoria del perjuicio sufrido en razón de los incumplimientos probados del Contrato por parte del Demandado.

El Tribunal está convencido de que, desde la perspectiva expuesta por el Demandante, el **BANCO** sufrió un perjuicio como resultado de los múltiples incumplimientos parciales de **FACELCO**, tal como quedó demostrado en el punto 2.3 de más arriba. En efecto, de una parte, resultó probado el contenido obligacional de las Partes, en particular de **FACELCO**, de otra parte, se demostró el incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales por parte de **FACELCO** y, por último, se encontró que el **BANCO** había cumplido sus obligaciones y obrado con buena y diligente conducta contractual.

No obstante, el concepto de la Procuradora se inclina a limitar la responsabilidad del Demandado, bajo el entendido de que hubo un concurso de culpas, la del **BANCO** y la de **FACELCO**, que habrían puesto a este último en situación de incumplimiento, por lo menos en parte, trayendo como consecuencia que el monto a indemnizar a título de perjuicio se deba reducir proporcionalmente. El Tribunal entrará entonces a completar este estudio de responsabilidad, solo desde una perspectiva liberadora de la responsabilidad, para determinar si, en efecto, habría circunstancias ajenas al deudor incumplido que pudieran liberar su responsabilidad total o parcialmente.

Sea lo primero señalar que, en el análisis del **BANCO**, solo el caso fortuito o la fuerza mayor, que en el caso no ocurren como bien lo señala el Demandante, tendrían un efecto liberador de la responsabilidad del Demandado. Sin embargo, de la audiencia en la que se escucharon los testigos resultaron algunos elementos exógenos a las Partes o, inclusive, provenientes de la conducta del Demandante, que no eran tan evidentes en los memoriales de este último, así como de las pruebas documentales allegadas al proceso.

Estos elementos son los siguientes: (i) la ocurrencia de un riesgo regulatorio bien conocido por las Partes al momento de contratar; (ii) la concurrencia de culpas de ambas Partes al no establecer visitas en la etapa pre-contractual con el fin de identificar las condiciones del terreno y las posibles dificultades que se derivarían del mismo; y, (iii) la mitigación del daño al que está llamado todo acreedor.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

- (i) ¿La ocurrencia del riesgo regulatorio, conocido por ambas Partes al momento de contratar, es un elemento a considerar para limitar la responsabilidad de **FACELCO**?

A los testigos se les indagó ampliamente en audiencia, sobre el hecho de unos cambios normativos que se presentaron desde la muy temprana ejecución del Contrato, los cuales habrían cambiado las condiciones contractuales y generado retrasos en la ejecución del Contrato. En efecto, a partir de dichos cambios, los trámites de autorizaciones con los generadores de energía en las diferentes ciudades se habrían hecho más complejos, pero también, algunos equipos debían cumplir con requerimientos diferentes a los que fueron contratados²²⁴.

No obstante, sobre dichos cambios normativos, pueden formularse varias afirmaciones.

²²⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000393 vuelto a 000394 vuelto: [...] Y entre los propósitos del cambio de las subestaciones estaba el cumplimiento de esas normas, qué pasó que esa norma vencía a noviembre de 2017 y Facelco no terminó los trabajos, entonces el banco qué tuvo que entrar a hacer, contratar con Emgesa que es su comercializador para que le instalara esos equipos para cumplir con la norma a noviembre de 2017 que es una norma de clientes no regulados de energía.

Con qué costos para el banco, con que como yo iba a cambiar una subestación equis por una ye, pero a noviembre de 2017 no la he cambiado entonces tuve que comprar los equipos para que la equis me cumpliera con la norma, y posteriormente cuando hice la ye que era el propósito final del banco, volver a adaptar esos equipos a la subestación ye, no sé si me explicó en esos términos o no, digamos que el banco tuvo por el tema del cumplimiento de la norma CRE-038 incurrir en dos gastos que estimaba tener cubiertos con el contrato con Facelco, por ese lado.

[...]

DRA. CORREA: Si entiendo bien en algún momento usted dice que hubo un cambio de legislación en el 2017, por el cual esos transformadores ya no servían fue con respecto a los equipos?

SRA. ESCOBAR: No, son dos cosas diferentes, la primera es que el contador de energía cambio en de norma, y el banco tenía que cumplir con esa normatividad antes de noviembre de 2017, como no se pudo terminar el proceso con Facelco, entonces al banco le tocó entrar a contratar por fuera de ese contrato equipos para cumplir con la norma, y el tema de los transformadores es que en principio el banco se especificó en cobre, y la firma lo suministró en aluminio, entonces por eso la firma tuvo que cambiarlos y a su momento cuando finalmente Facelco abandonó las instalaciones del banco le quedaron transformadores en aluminio que no le servían para el banco, entonces al banco le tocó entrar a comprar los transformadores en cobre, y posteriormente autorizó Facelco para que lo retirara porque no le aplicaban para el banco ni le servían para nada”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Primero, que los mismos dieron lugar a ajustes tanto en términos de tiempo como de dinero que se materializaron en Otrosíes, acordados consensualmente por ambas Partes, por lo que su impacto en la ejecución del Contrato y, en la posible limitación de responsabilidad de **FACELCO**, se restringe significativamente, tal como lo señala, no solo la Procuradora en su Concepto²²⁵, sino en audiencia misma la Sra. ESCOBAR LORA, así:

“DR. BORRÁS: Las nuevas actividades que se le asignaron a Facelco con ocasión del cambio de normatividad que les implicaban tramitar autorizaciones para los proyectos generaron un incremento en la remuneración para Facelco acordada de común acuerdo?

SRA. ESCOBAR: Sí señor, se hizo la proyección del contrato, cuando nosotros hablamos de proyección del contrato entonces es una revisión de las cantidades menores, mayores y adicionales, se hicieron dos proyecciones del contrato con base en ese cumplimiento de la normatividad”²²⁶.

“DRA. CORREA: Que entendemos esa exigencia no estaba prevista en el contrato que Facelco la hiciera porque no existía legalmente que la hiciera verdad?

SRA. ESCOBAR: Sí y que el Banco la reconoció en el primer otrosí”²²⁷.

Segundo, varios testigos, a excepción de la Sra. ESCOBAR LORA²²⁸, coincidieron en que el impacto de dichos cambios normativos, constitutivos de un riesgo regulativo,

²²⁵ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000429.

²²⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000395.

²²⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000401.

²²⁸ Para la Sra. ESCOBAR LORA, los trámites ante los Operadores y los diferentes cambios normativos que hicieron más pesadas las obligaciones del Contratista, deberían, por mucho, haber causado un impacto de un año de más en la ejecución del Contrato, así: “DRA. CORREA: Yo tengo solamente una muy pequeña señora Escobar en su concepto técnico y yo entiendo sobre todo con respecto a la última pregunta hecha por el doctor Linares sobre si el Banco ha hecho concesiones o ha sido condescendiente o fue condescendiente en estos otrosíes, que entiendo que todos tenían como componente similar una extensión de tiempo.

Hablando de tiempos, usted como técnica ingeniera si fuera usted Facelco solamente suponiendo, solamente quiero recoger su experiencia técnica como ingeniera, ¿qué tantos impactos en términos de tiempo habrían tenido los cambios legislativos a los que usted hizo mención, qué es lo razonable que

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

fueron insignificantes en la ejecución del Contrato, llegando a afirmar que la causa de los incumplimientos del Contrato por parte de **FACELCO** es enteramente atribuible a éste. Ciertamente, el mismo ingeniero eléctrico de **FACELCO**, el Sr. RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ PEÑALOZA, quien era el encargado de la ejecución del Contrato, señaló que el principal motivo de incumplimiento contractual fue el error cometido por el Contratista al cambiar el bobinado de cobre por aluminio, incumpliendo las precisas especificaciones técnicas de la contratación que así lo establecían, así como la difícil situación económica que le sobrevino a éste, que le impidieron incluso pagar los fletes aéreos para el traslado de los materiales a Leticia, para su instalación.

El Tribunal, al pedirle al Sr. Gutiérrez, que informara, a su juicio, lo que más influyó en el incumplimiento del Contrato, contestó sin dubitaciones que fue el error de **FACELCO** al cambiar el material de cobre por aluminio para los devanados de los transformadores, a pesar de que se encontraba claramente especificado en las Especificaciones Técnicas²²⁹, llegando inclusive a indicar, más lejos, lo siguiente: "(...) Yo no lo digo con el Banco de la República puntualmente, de pronto lo puede decir a nivel general por lo que se vivió ya al final de Facelco antes de su terminación... (Alejado del micrófono) hubo ya una crisis económica interna que les llevó como al

se espera o en términos de tiempo qué se hubiera demorado la ejecución del contrato, todos los cambios normativos a los que usted hizo mención y si puede especificarlos?

SRA. ESCOBAR: Yo diría que el plazo inicial que fue de nueve meses, exagerando un año más, o sea, el plazo total ha debido ser de 21 meses, y el plazo total finalmente fue de 27 meses, o sea, digamos que el banco fue muy condescendiente en unos 8, 9 meses, fue muy consiente, muy en ánimo de colaborarle al contratista en unos 9 meses" (Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000400 vuelto).

No obstante, el Tribunal recuerda, que dicho impacto, fue remediado por las Partes mismas tras la firma del primer Otrosí.

²²⁹ "DRA. CORREA: ¿Es por un error entonces de Facelco, que se entrega el producto con otro material?"

SR. GUTIÉRREZ: Si correcto.

DRA. CORREA: ¿No por otra razón?

SR. GUTIÉRREZ: No, que yo conozca no, porque leí las especificaciones después de, y era muy clara la especificación" (Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000436 vuelto).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

cierre de la empresa como tal, prescindir de sus empleados, inclusive personal de muchos años, etc.”²³⁰.

El declarante, LUIS FRANCISCO ÁLVAREZ CORREDOR coincide con el ingeniero RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ PEÑALOZA, ejecutor del Contrato, en el sentido de que los cambios normativos no fueron determinantes para el incumplimiento, porque eran menores; se trata de pequeños ajustes, usuales en este tipo de contratos, que no impactan de manera importante los contratos²³¹.

Además, los cambios normativos, no habrían implicado el cambio de transformadores, que, al entendimiento del Tribunal, hacían parte de los equipos más costosos del Contrato, tal como se desprende del siguiente pasaje del interrogatorio del Sr. RÍOS OVIEDO ²³²:

²³⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000436.

²³¹ “SR. ÁLVAREZ: Los voy a mencionar en términos muy generales. Los cambios normativos regularmente se van dando en función de incrementar las medidas de seguridad, pero en el caso de subestaciones los cambios normativos no implican cambios sustanciales en el objeto que se va a instalar, sino algunos ajustes que van incrementando los niveles de seguridad.

Luego no habría razón para que se pueda pensar que en esos cambios normativos puede encontrarse, por ejemplo, uno de elementos por los cuales la firma no pudo cumplir, porque son cambios que impactaban fundamentalmente la ejecución de uno de los componentes del contrato que tenía que ver con la presentación de unos planos, relativos a las maniobras y algunos aspectos en base a los cuales se iba a hacer el corte de energía para la instalación de la nueva subestación, pero las subestaciones, el componente principal del contrato no tenían campos sustanciales derivados de la normatividad” (Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000425).

²³² Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000408 vuelto. Esto fue confirmado por el propio Sr. RÍOS OVIEDO tras reformulación de la pregunta por parte de otro miembro del Tribunal, así: “DR. BORRÁS: Gracias Presidente. Aprovechando y solo una pregunta fina para tener precisión para mis colegas y el suscrito. Los cambios de normatividad que generaron esos ajustes implicaron cambios en el objeto del contrato incluyendo los bienes que tenía que suministrar Facelco, o solo supusieron una agregación del contrato en lo relacionado con el procedimiento que debían realizar Facelco y para lo cual el contrato fue modificado?

SR. RÍOS: En la mayor parte del impacto en el contrato, podemos estar hablando, de un 90 o 95% del impacto fue en plazo, sí, en alcance en temas técnicos como le comentaba doctor fueron menores y no en el equipo como tal, en el sistema como sino, más bien, los sistemas que alimentan a este elemento principal que es la subestación, el mayor impacto fue un plazo como pueden observar en los otros ítems que incluso habían algunos que solamente la afectación era en plazo no era en valor.” (Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000412 a 000412 vuelto).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

“DRA. CORREA: O sea, si mi entendimiento es correcto, lo que usted está diciendo, y por favor si no es corrijame, entiendo que esos equipos por lo menos los que entregó Facelco para la ejecución del contrato no tenían que haber sido cambiados por ningún requerimiento normativo?”

SR. RÍOS: No, hasta el momento... (Interpelado)

DRA. CORREA: Y el cambio que se hizo obedeció por la cuestión del cobre del acero.

SR. RÍOS: Sí, correcto, los transformadores.

DRA. CORREA: Un cambio normativo no exigía cambio?

SR. RÍOS: No, es que tuvimos que devolver un equipo, no, no, no fue necesario, fueron los mismo equipos en su concepción inicial, sí, lo que llamamos en la ingeniería conceptual, sí”.

Tercero, nada en el acervo probatorio permite además concluir que, en algún momento, **FACELCO** atribuyó al **BANCO** la culpa de los riesgos normativos, tal como se lee en el interrogatorio del Tribunal a la Sra. ESCOBAR LORA²³³:

“DR. BORRÁS: Una última pregunta, en algún momento Facelco atribuyó digamos esas dilaciones al tema normativo que usted mencionó?”

SRA. ESCOBAR: No, al tema normativo porque desde el principio cuando se hizo el primer otrosí se estableció de que Facelco haría el trámite, pero sí digamos a la respuesta de los operadores de red, que tal operador de red no le había dado respuesta en el tiempo prudencial, sino que seguía con su proyecto sin analizárselo, no al cambio normativo sino al proceso mismo del operador de red, de cada operador de red, si me explique”.

Así las cosas, el Tribunal no puede ver en el cambio normativo, una implicación que habría supuesto un riesgo regulatorio en términos del Concepto de la Procuradora, que pueda entrar a exonerar, total o parcialmente, la responsabilidad de **FACELCO**.

²³³ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000401.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

(ii) Fallas en la planeación del proyecto y en la etapa pre-contractual

El Concepto del Ministerio Público señala que habría una concurrencia de culpas de ambas Partes al no establecer visitas de terreno en la etapa pre-contractual con el fin de identificar las condiciones de los sitios donde se instalarían las subestaciones eléctricas y las posibles dificultades que se derivarían del mismo, así como del **BANCO**, al no estimar correctamente la duración del Contrato.

Veamos en detalle lo primero. En efecto, basada particularmente en el interrogatorio del Sr. GUTIÉRREZ PEÑALOZA²³⁴, la Sra. Procuradora, concluye que:

“Del análisis integral de las pruebas recaudadas en el expediente, se hace evidente que el proceso precontractual tuvo fallas importantes que afectaron la ejecución del contrato dentro del término y condiciones establecidas, lo que repercutió en la necesidad de ampliar el término del contrato, para realizar obras civiles en las sedes del Banco de la República y solicitar aprobación de las obras ante los operadores de cada municipio. Situaciones previsibles, que de ser tenidas en cuenta en su oportunidad, no hubiesen impactado en la ejecución del contrato en la forma en que lo hicieron, esto es, incluir la realización de visitas a cada sitio de ejecución del contrato para conocer de primera mano las condiciones físicas de la sede del Banco de la República a intervenir; contemplar los tiempos para aprobación de las obras; separar las sedes en varios grupos (como se hizo para finalizar las obras contratadas con FACELCO); etc.

²³⁴ “(...) no hubo unas visitas previas a los sitios de obra para que los proveedores de ese servicio dimensionaran los tamaños, las necesidades y todo de lo del proyecto, esto se hizo fue posterior a cuando ya había iniciado el proyecto, lo que pasa es que dentro de las licitaciones no se tuvieron en cuenta unas variables que afectaban el proyecto en ese entonces, y que no todas o la mayoría es por nuevas reglamentaciones o normatividades eléctricas, es por cumplimientos que de todas formas existían en su momento. (...)”

SR. GUTIÉRREZ: (...) para mí personalmente lo principal debió haber sido una visita con las personas o los proveedores que invitaron a proponer, para que tuvieran en cuenta las condiciones a partir de eso ellos expusieran todas las necesidades y hubiesen alcanzado a quedar dentro o incluidas o incluidas en un pliego, pero realmente los sitios, Leticia puntualmente, tuvo que tumbar una parte de las instalaciones para poder ingresar la subestación, o tenía. porque eso no lo alcanzamos a instalar, para poder permitir la instalación de las nuevas subestaciones, la logística de llevar una subestación a Leticia tampoco se tuvo en cuenta y casi que hay que alquilar, arrendar un avión aparte para poder llevar eso hasta allá, bueno cosas por el estilo” (Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000438 vuelto a 000439).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Tales fallas, son atribuibles a ambos extremos contractuales, el Banco porque debe analizar las necesidades para contratar, incluyendo las condiciones que posee para ello, contemplando las características de las sedes a intervenir y el sector regulado en el que contrataba, y de otro lado, al contratista FACELCO, como experto en el negocio, al no advertir al contratante de las posibilidades del cambio en el sector regulado y la imperiosa necesidad de conocer cada lugar a intervenir²³⁵.

A este respecto, el Tribunal recordará que como fue expuesto más arriba en el acápite 2.3.3.1., **FACELCO**, al presentar su Oferta²³⁶, sostuvo que:

“El proponente garantiza que ha estudiado todas las condiciones del pliego y manifiesta que ha verificado cuidadosamente todos los datos y las informaciones indicadas en dicho documento; que visitó el sitio de la obra y comprobó por sí mismo la naturaleza y localización y las condiciones generales y todos los demás asuntos que en cualquier forma pueden afectar el valor del contrato o la ejecución de la obra”.

Así las cosas, es la propia Demandada, quien afirma haber visitado el sitio de la obra y estar conforme con todas las condiciones del pliego. Prueba de ello, como obra en la Oferta también, es que **FACELCO** formuló varias preguntas aclarativas del pliego al **BANCO**, quien respondió a través de carta del 17 de octubre de 2013, y nada se dijo con respecto a las visitas o las condiciones de los sitios donde se ejecutarían las obras objeto del Contrato, por lo que mal haría este Tribunal en exonerar a **FACELCO** por algo que claramente él asumió.

Ahora bien, con respecto a la falta de previsión del **BANCO** quien, conocedor de los riesgos normativos que seguramente se irían a presentar y su impacto en términos de tiempo en la ejecución del Contrato, hubiera podido prever una duración del Contrato mayor a los nueve meses originalmente previstos y, así, evitar buena parte de los incumplimientos de **FACELCO** y de los Otrosíes que se tuvieron que celebrar.

²³⁵ Cuaderno Principal No. 4, Folios 000433 a 000434.

²³⁶ Oferta de FACELCO (págs. 6-7) (Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 000014; y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000014).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

En efecto, como fue señalado arriba en el punto relativo al riesgo regulatorio, la Sra. ESCOBAR LORA indicó que, en su experiencia, todos los retardos debidos a los cambios normativos, podían generosamente estimarse en un año más, es decir en una duración del Contrato de 21 meses, lo cual, según la Procuradora, resultaría confirmativo de una inadecuada planeación por parte del **BANCO**, pues los nuevos contratos celebrados por el **BANCO**, para pretendidamente ejecutar lo que **FACELCO** no logró ejecutar, tenían una duración de 18 meses y no de 9 meses, como el de **FACELCO**²³⁷.

A pesar de que en este argumento puede asistirle razón a la Sra. Agente del Ministerio Público, lo cierto es que, en términos prácticos, en nada cambiaría la ecuación de la responsabilidad de **FACELCO**, toda vez que los Otrosíes fueron celebrados, de común acuerdo, precisamente para aliviar los retrasos originados por los cambios normativos, que podrían también ser indicativos de una mala planeación por parte del **BANCO**, de una parte y, de otra parte, **FACELCO** nunca lo reclamó así al **BANCO**, en todo caso, según las pruebas obrantes en el expediente. En este sentido, las posibles fallas en la etapa precontractual, no darían lugar a una limitación de su responsabilidad por incumplimiento contractual.

(iii) La mitigación del daño por parte del **BANCO**

Reconocida en Colombia de una manera relativamente reciente y por vía jurisprudencial²³⁸, la mitigación del daño aparece como un deber secundario del principio de buena fe, para exigir al acreedor de una obligación, cuyo incumplimiento es evidente, que no despliegue una conducta indiferente o abiertamente desfavorable, de suerte que el perjuicio pueda, si no evitarse, al menos no empeorarse. En este

²³⁷ “Llama la atención de esta Agente del Ministerio Público que en el contrato inicial suscrito con Facelco se estableció un plazo de 9 meses para la totalidad de las obras de suministro e instalación y para los nuevos contratos se establezca un plazo de 18 meses, lo que permite confirmar que inicialmente el Banco no realizó un análisis adecuado, ni real del tiempo requerido para el desarrollo de las obras, atendiendo a las dinámicas del sector eléctrico, la regulación del mismo y las dinámicas territoriales” (Cuaderno Principal No. 4, Folio 000446).

²³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, Exp. 11001-3103-008-1989-00042-01.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

sentido, afloró de los interrogatorios de los testigos que **FACELCO**, entregó varios equipos y transformadores al **BANCO**, para efectos de ser instalados posteriormente, varios de los cuales, fueron dejados a la intemperie, lo que habría ocasionado daños en dichos equipos que, consecuentemente, fueron reemplazados.

En efecto, el Sr. RÍOS OVIEDO, a la pregunta de la Presidenta del Tribunal, informó que:

“DRA. CORREA: Entonces le pregunto, por qué hubo que cambiar equipos, como usted dice que se compraron nuevos equipos con las nuevas contrataciones que hicieron, por qué se tuvo que cambiar los equipos que ya Facelco había entregado?

SR. RÍOS: Porque una parte de estos equipos no fueron suministrados y fueron dejados en las instalaciones del Banco en cajas de madera sin instalar, algunos de estos quedaron en áreas expuestas a la intemperie, al sol y a la lluvia, estos equipos están conformados por elementos electrónicos que al estar sometidos a la inclemencia del tiempo pierde su capacidad de censar, del transformar y de controlar, que básicamente lo que hace una subestación eléctrica, entonces cuando se hizo la evaluación técnica de cómo estaban estos equipos fue es (sic) necesario reemplazarlo porque no cumplían las especificaciones técnicas de calidad para poder instalarlos nuevamente”²³⁹.

Al ser interrogado sobre la cadena de custodia de dichos equipos y transformadores, en aras de determinar si el **BANCO** podría tener algún tipo de responsabilidad con respecto a los mismos, el mismo Sr. RÍOS OVIEDO informó que:

“DRA. CORREA: Entendido. muchos gracias. Señor Ríos, en ese orden de ideas y a la luz de lo que usted nos acaba de explicar, que ya lo había mencionado además en sus declaraciones anteriores, contractualmente recuerda usted, dice usted, que conoce como 50 contratos en este momento, pero en este contrato en específico recuerda usted en qué consistían las obligaciones de custodia de sus equipos una vez Facelco los entregaba el Banco de la República, no los instalaba sino que simplemente los entregaba, cuáles eran ahí las responsabilidades del Banco y de Facelco?

SR. RÍOS: Porque nosotros para todos los contratistas tenemos las mismas temas de

²³⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000408 vuelto.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

custodia, el banco cuando establece los contratos de cualquier tipo, el caso de nosotros puede ser el reemplazo de equipos o adecuaciones física del mismo, nosotros, el Banco le da la facilidad a los contratistas de tener áreas en las que ellos puedan almacenar provisionalmente los elementos con los que van a hacer sus trabajos, si estamos hablando de obras civiles que guarden su cemento, sus varillas, si vamos a cambiar equipos que guarden sus plantas eléctricas, sus subestaciones pero la seguridad y custodia de esos elemento.

No obstante, el Banco de la República tiene un sistema de seguridad muy bueno por los valores que manejamos, la responsabilidad de esos elementos es del contratista, hasta que son instalados y recibidos por parte del Banco, el Banco no responde por ellos, hasta ese momento el que responde es el contratista, el Banco como siempre lo decimos en los contratos para todos nuestros contratistas.

DRA. CORREA: Entendido, muchas gracias por la aclaración. Pero también me surge la duda, esas instalaciones que ustedes ponen en servicio de los contratistas para facilitar el transporte, la guarda, la conservación de los elementos pues supongo que deben cumplir de todas maneras ciertas características, por ejemplo, como protección de intemperie para que precisamente evitar que los equipos se dañen, ¿sabe o conoce usted un reglamento interno, algo que ustedes tengan para que estas instalaciones físicas donde se conservan esos equipos o elementos puedan ser conversados en óptimas condiciones y evitar un deterioramiento por el paso del tiempo?

SR. RÍOS: Nosotros lo decimos al contratista, mire, nosotros tenemos instalaciones que no son, básicamente son tesorerías o agencias culturales, donde manejamos no tenemos espacios destinados para almacenar o guardar nada.

Si usted necesita almacenar sus equipos en unos almacenes aparte del Banco que le garanticen la seguridad tanto física como técnica de sus elementos hágalo y digamos, si no nosotros tenemos estos locales, estas áreas, revíselos si efectivamente le son útiles, aquí están, pero nosotros no nos hacemos cargo ni de su seguridad física y de su seguridad técnica hasta que usted la instale pero si estas áreas no le son útiles, como lo hacemos con otros contratistas, contrate un container como lo tenemos en el central de efectivo con varios contratos, téngalos fuera de las instalaciones o dentro de nuestras instalaciones para que pueda garantizar la seguridad de sus elementos y

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

después de haberlos instalados”²⁴⁰.

Al verificar el Contrato y sus anexos, nada parece obligar al **BANCO** ni a prestar al Contratista espacios para almacenar el material suministrado a la espera de ser instalado, ni a custodiar dicho material en los eventos en que se llegase a almacenar en las instalaciones del **BANCO**. Del testimonio del Sr. RIOS OVIEDO se desprende que el **BANCO** se descargaba completamente de responsabilidad por cualquier tipo de daño físico o en las condiciones técnicas de dichos materiales y equipos.

Además, y más contundente en términos de mitigación del daño, parece ser el testimonio de la Sra. ESCOBAR LORA, quien afirmó que:

“En este caso que los equipos quedaron almacenados fuera en la intemperie al banco le tocó por ejemplo en Valledupar contratar una firma para que se los ubicara dentro del edificio, pues porque no se sabía cuánto tiempo iba a tomar la contratación de la terminación de los trabajos, igual en Girardot, y tuvimos que buscar nuevamente los recursos para poder acabar todo el proceso de instalación de las subestaciones porque digamos que el propósito, la motivación del proyecto eran varias motivaciones que era reemplazar equipos obsoletos que estaban próximos a cumplir su vida útil, entonces no eran confiables para el banco”²⁴¹.

De lo anterior se desprende con claridad, que el **BANCO**, primero que todo no tenía ninguna obligación de custodia y protección de los bienes suministrados por **FACELCO** hasta tanto éstos no fueran debidamente instalados y entregados al **BANCO** y, segundo, el Demandante, desplegó una conducta diligente y de buena fe en aras de mitigar el daño al proteger ciertos equipos y material de la intemperie, llegando inclusive, según lo afirmó la Sra. ESCOBAR LORA, a contratar personal para que desplazara los equipos dejados por **FACELCO**.

Así las cosas, el Tribunal entiende que ningún hecho exógeno a **FACELCO** puede liberarlo de su responsabilidad generada por el incumplimiento parcial del Contrato, el cual ha generado un perjuicio *in abstracto* al **BANCO** que deberá ser indemnizado, a

²⁴⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000408 vuelto a 000409.

²⁴¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000394.

condición de resultar debidamente probado tanto su existencia como su monto *in concreto*.

2.4.3.2. El perjuicio y su monto deben quedar suficientemente probados en el Proceso

El perjuicio, para efectos de indemnización, no puede ser *in abstracto*, debe ser *in concreto* y su monto detallado y probado plenamente. En otras palabras, el monto y la naturaleza del perjuicio deben estar plenamente probado. Teniendo en cuenta que antes en esta decisión, al momento de analizar el alcance de la conciliación entre el Llamante y la Llamada, se dijo que los perjuicios que podía reclamar el Demandante, eran todos aquellos que se probaran y sobrepasaran el monto de los amparos totales pactados en la póliza de seguros, pasará el Tribunal a determinar si los mismo fueron probados.

En la pretensión segunda de la demanda se solicitó el pago de los perjuicios ***de todo orden*** causados por el incumplimiento de la obligación de instalar las subestaciones, en algunas de ellas, resultantes ***“de las cantidades de obra que tuvo que contratar nuevamente el BANCO DE LA REPUBLICA para la conclusión de los trabajos en las ciudades de Cúcuta, Girardot, Leticia, Pasto, Valledupar y Santa Marta y los sobre valores estimados para la conclusión de los trabajos encomendados a la sociedad FACELCO S.A.S., en las ciudades de Cartagena, Quibdó, Ibagué, Quibdó y Riohacha, por cuanto no fueron realizadas ni ejecutadas por la parte convocada, así como los sobrecostos financieros, o costos de oportunidad en que ha incurrido mi mandante a fin de ejecutar el mencionado contrato...”***.

Y en la misma pretensión se valora este pretendido perjuicio en la suma de \$2.774.267.783.00, para lo cual se presenta un cuadro sobre trabajos aprobados en proceso de formalización y trabajos no aprobados en proceso de contratación, pero en los hechos y en las pretensiones no aparecen discriminados los valores pagados, los conceptos, las personas a las que se les hizo el pago, los contratos realizados para su ejecución, la forma de los pagos, y tampoco se hicieron auditorías en cada una de las ciudades con actas en las que aparecieran concretamente cuáles trabajos fueron realizados y cuáles quedaron pendientes.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

Ahora bien, de la simple confesión presunta de los hechos por la no contestación de la demanda, tal que se desprende del artículo 97 del CGP, o por la incomparecencia del representante legal de la Demandada a absolver interrogatorio de parte como previsto en el artículo 205 del CGP, no se desprende el alcance del daño, aspecto en el cual fue ilustrativo el testimonio de la ingeniera SANDRA PATRICIA ESCOBAR LORA, que señaló que la Demandada sí había cumplido con la entrega de lo pactado para Villavicencio, Montería y la Casa de la Moneda²⁴², y que fue respecto de otras obligaciones sobre las que se produjo el incumplimiento, por consiguiente, el incumplimiento no fue total sino parcial y, el perjuicio debía, en consecuencia, probarse detalladamente.

A pesar de existir juramento estimatorio, éste hace prueba de la estimación juramentada del perjuicio mientras no sea objetada, pero no suple su determinación, esto es la prueba sobre en qué concretamente consistió, qué materiales se adquirieron, dónde se instalaron, quién hizo los trabajos, por qué valor, en qué tiempo, qué contratos se suscribieron, etc.

Obsérvese de otra parte, que si bien es cierto se aportaron unos contratos de suministro y obra, uno con la sociedad INDUEL S.A.S., por la suma de \$491.114,147,00, celebrado el 2 de febrero de 2018²⁴³, y otro con la sociedad Corriente Alterna Ltda., por la suma de \$862.914.154,00, firmado el 25 de enero de 2018²⁴⁴, en ninguno de ellos se especificaron los materiales, ni las ciudades donde se iban a realizar los trabajos y suministros, ni los valores individualizados de los mismos, sino que igual a lo que aconteció con el contrato principal, no se dijo cuál era el objeto del contrato ni su alcance, para determinar el cual se remitió a los documentos técnicos que se tuvieron en cuenta para la contratación. La señora Agente del Ministerio Público, llegó a la misma conclusión cuando se vio abocada a analizar esta cuestión²⁴⁵.

²⁴² Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 000393.

²⁴³ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000345 a 000356.

²⁴⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 000304 a 000315.

²⁴⁵ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000446.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

No puede entonces deducirse de ellos exactamente que dichos contratos correspondan exactamente a la finalización de la obras no ejecutadas por la Demandada, o, mejor aún, no se puede inferir a cuáles obras no cumplidas por la Demandada corresponden dichos contratos, pero aún si se llegara a esa conclusión, no existe prueba alguna que demuestre cuáles fueron los desembolsos que hizo el **BANCO** a esos contratistas, por qué valores y conceptos, es decir, no se determinó sin lugar a duda, qué fue lo efectivamente salió del patrimonio del **BANCO** para pagar a un tercero para concluir las obras que no finalizó la Demandada, por consiguiente, no existen pruebas que permitan determinar el alcance y monto del perjuicio *in concreto*.

Se reitera que el juramento estimatorio presentado, para efectos de que surta prueba del monto del perjuicio reclamado, no como requisito de admisión de la demanda, constituye prueba de la cuantía de los perjuicios cuando se han individualizado debidamente en el mismo y se ha justificado de manera concreta su ocurrencia. Sobre el particular la Sala Civil Corte Suprema de justicia, dijo recientemente:

“Respecto al juramento estimatorio, el Tribunal cuestionado expresó que conforme a lo normado en el artículo 206 *ibídem*, «la estimación juramentada debe corresponder a una valoración razonada, lo que no significa algo distinto a estar expresamente basada en razones, argumentos, fundamentos o justificaciones, verificables o comprobables»; exigencia que se cumple «discriminando cada uno de sus conceptos», ya que así se podrán «conocer y valorar el origen, alcance y contenido de la estimación», más aún cuando la indemnización se encuentra integrada por varios ítems.

En ese orden, dicha Corporación resaltó que tales características son fundamentales para que la parte demandada pueda objetar el referido juramento, si se tiene en cuenta que para ello debe especificar «razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación».

Para sustentar lo anterior, trajo a colación al autor Edgardo Villamil Portilla, quien frente a tal instituto jurídico estima:

[...] la demanda debe inadmitirse si no se hace el juramento estimatorio o si es precario o insuficiente, esto es, cuando el juramento no ofrece la relación discriminada de los distintos rubros que configura la reclamación. De este modo, si el

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

juramento estimatorio no está debidamente razonado, o si no hay discriminación en detalle de cada uno de los factores constitutivos de los perjuicios reclamados, de las mejoras o de otras fuentes de indemnización, el juez deberá exigir al demandado que haga la relación específica y detallada de los valores pretendidos [...]. En buena medida, el nivel de detalle del juramento estimatorio permite un mejor ejercicio del derecho de defensa [.....]

Tomando en consideración ello, el Tribunal accionado concluyó que el juramento estimatorio que realizó la parte demandante al subsanar la demanda «no se ajusta a las exigencias contenidas en el artículo 206 del C.G.P.», puesto que en ella ni en el escrito de subsanación se «discrimina razonada y expresamente a que rubros corresponde el total de la –sic- [los] perjuicios materiales reclamados», de ahí que dicha reclamación carezca de razonabilidad e impida que la parte demandada ejerza su derecho de contradicción a través de la objeción frente al juramento estimatorio.

Lo esbozado de cara a los argumentos que fundan la solicitud de protección, demuestra que contrario a lo estimado por ésta, no logra advertirse irregularidad suficiente para que por vía constitucional se deje sin efecto la determinación en comento, más aún cuando se reitera, la estimación juramentada de perjuicios que realizó la querellante no corresponde a una valoración razonada, en la medida en que no discriminó cada uno de los conceptos que la componen, ni los elementos cualitativos y cuantitativos que conllevaron a fijar el alcance de las aspiraciones económicas, lo limita el derecho de defensa del extremo pasivo para objetar tal juramento, dada la inexactitud o generalidad de la estimación”. (Sala Civil-STC-12283, del 12 de septiembre de 2019, M.P., doctor Ariel Salazar Ramírez)”.

En el mismo sentido se pronunció la Sala Civil de la Corte en la sentencia STC-8136 del 20 de junio de 2019, con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa²⁴⁶.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los “equipos devueltos por el Banco, por valor de \$334.122.849, que es a lo que se refiere el escrito de ajuste de pretensiones, no se demostró cuáles fueron los equipos devueltos, cómo se devolvieron, a qué valor correspondieron, o si ese era su valor, y en todo caso, se reitera que por virtud de la conciliación, el amparo de calidad de suministros se hizo efectivo por la suma de

²⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC-8136 del 20 de junio de 2019. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicado No. 11001-02-03-000-2019-01807-00.

TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612

\$545.401.448, luego al Demandante le correspondía demostrar “los equipos devueltos por BANREP” y su valor, que señaló en el memorial de ajuste de pretensiones, y que eran adicionales a lo que ya había garantizado la aseguradora con el amparo de calidad de los suministros y su valor, y nada de esto se probó. Ni siquiera se sabe con certeza a qué equipos se hace referencia y la mera afirmación del Demandante no es suficiente para suplir esta prueba, ni activa las sanciones de las confesiones presuntas.

En conclusión, no hay prueba, entonces, que permita discriminar y detallar los supuestos “**perjuicios de todo orden**”, ni “**los sobrecostos financieros, o costos de oportunidad**”, pues obsérvese, que no se allegaron los elementos que demostraran los costos financieros que tuvo que asumir el **BANCO** con ocasión de préstamos u operaciones financieras o cualquier otra operación equivalente, así como tampoco se allegaron elementos de juicio que permitieran determinar en qué consistió la pérdida de oportunidad, utilidades, o capacidad instalada, frustración de negocios con terceros, y en fin, no hay prueba alguna que permita concluir la determinación del perjuicio.

Esta falta de determinación del detalle de los perjuicios reclamados y sus montos es aún más preocupante, sobre todo cuando se compara con el detallado contenido obligacional que se desprende no solo del Contrato, sino de sus documentos que hacen parte integral del mismo, como los Pliegos, las Especificaciones Técnicas y las Cantidades de obra, en titularidad del Demandado, tal que quedó señalado en la subsección 2.3.3.1. de más arriba, por lo que es de esperarse, que, al momento de probar el perjuicio y su monto, el Demandante, detallara, a la luz de dichas obligaciones específicas y sus incumplimientos respectivos, en qué había consistido y cómo resultaba probado el monto del alegado perjuicio.

El Tribunal decretó varias pruebas de oficio con el fin de determinarlo, pero no fue posible concretarlo, menos aún en los conceptos señalados en la demanda (perjuicios de todo orden, costos financieros o costos de oportunidad), todo lo anterior, sin perjuicio de lo que se decidirá el Tribunal en punto de la cláusula penal.

2.4.3.3. Conclusión

En razón a las consideraciones anteriores y, a pesar de que evidentemente al **BANCO** se le causaron perjuicios con los incumplimientos contractuales atribuibles

exclusivamente a **FACELCO**, éstos son *in abstracto* toda vez que el Demandante falló al no determinar exactamente en qué consistían dichos perjuicios y, peor aún, al no probar sus montos discriminados, más allá de su juramento estimatorio, que si bien fue suficiente para efectos de la admisión de la demanda y pese a que no fue objetado por el Demandado -quien nunca se presentó en este proceso-, no es suficiente, a ojos del Tribunal, para justificar en detalle e *in concreto* el perjuicio y, consecuentemente, probar los montos reclamados como lo requiere la ley.

Así las cosas, el Tribunal rechaza la pretensión segunda del Demandante.

2.5. Pronunciamiento sobre el anticipo no ejecutado

El Tribunal analizará a continuación la pretensión tercera del Demandante relativa al anticipo no ejecutado. Para ello, el Tribunal expondrá, primero que todo, la posición del **BANCO** (2.5.1.), enseguida el concepto del Ministerio Público (2.5.2.) y, finalmente, presentará sus consideraciones sobre este particular (2.5.3.).

2.5.1. Posición del Demandante

El Demandante en su escrito de reforma de la demanda presentó la siguiente pretensión:

“**TERCERA:** Que se condene a la sociedad contratista **FACELCO S.A.S.** a pagar la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$497.674.634), correspondiente al valor cancelado por parte del **BANCO DE LA REPÚBLICA** y no ejecutado por la sociedad **FACELCO S.A.S.** Sumas discriminadas así:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

ITEM	DETALLE	VALOR TRABAJOS EJECUTADOS PENDIENTES DE PAGO	VALORES QUE ADEUDA FACELCO LTDA AL BANCO
1	Anticipo Pagado		637.993.316
2	Acta No. 1		127.727.967
3	Acta No. 2	175.060.786	
4	Acta No.3		164.035.616
5	Acta No.4		42.359.266
6	Trabajos Villavicencio e Ibagué	299.380.745	
1.0	TOTALES	\$ 474.441.531	\$ 972.116.165
2.0	SALDO A FAVOR DEL BANCO (ANTES IVA)		\$ 497.674.634

Para sustentar la anterior pretensión, en los hechos 5 y 44 de la reforma de la demanda manifiesta lo siguiente:

5. El plazo para la ejecución del contrato de “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué” se acordó en nueve (9) meses y el valor del mismo fue de \$2.012'212.592 más el IVA que se cause. Suma, que de acuerdo a lo pactado, sería pagadera así: (i) Anticipo, equivalente al 35% del valor total del contrato antes del IVA, es decir, la suma de \$704'274.407 y (ii) Buenas cuentas hasta completar el 95% del valor total del contrato de acuerdo con las entregas de los equipos y redes, previa suscripción y formalización de las actas parciales, debidamente aprobadas por el Departamento de Infraestructura de EL BANCO, descontando de cada una de ellas la amortización del anticipo, equivalente a un mínimo del 35%.

[...]

44. El BANCO DE LA REPÚBLICA entregó a la sociedad contratista FACELCO S.A.S. la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$497.674.634), suma que no fue ejecutada por la sociedad FACELCO S.A.S., y, por ende, la sociedad Demandada adeuda este valor al Banco, más los correspondientes rendimientos financieros correspondientes. Suma que corresponde al valor adeudado al Banco, después de descontar los dineros que fueron retenidos a la sociedad FALCELCO S.A.S., las cuales se discriminan así:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

ITEM	DETALLE	VALOR TRABAJOS EJECUTADOS PENDIENTES DE PAGO	VALORES QUE ADEUDA FACELCO LTDA AL BANCO
1	Anticipo Pagado		637.993.316
2	Acta No. 1		127.727.967
3	Acta No. 2	175.060.786	
4	Acta No.3		164.035.616
5	Acta No.4		42.359.266
6	Trabajos Villavicencio e Ibagué	299.380.745	
1.0	TOTALES	\$ 474.441.531	\$ 972.116.165
2.0	SALDO A FAVOR DEL BANCO (ANTES IVA)		\$ 497.674.634

Por otra parte, al recorrer el traslado del concepto emitido por señora Procuradora acerca de la conciliación, la Parte Demandante manifestó lo siguiente en memorial presentado el 22 de mayo de 2019 (Cuaderno Principal No. 2, Folios 000360 a 000361):

- 2. En el análisis al interior del Comité de la entidad se hicieron otras consideraciones que no constan en el extracto anexo, pero la decisión final se soportó en otras consideraciones propias de la efectividad de la Garantía, emanada de la Aseguradora llamada en garantía, Aseguradora de Fianzas S.A., CONFIANZA:**

“... al momento de evaluar la propuesta en relación con los perjuicios y el anticipo. Agradezco verificar si es conveniente o no explicar al Tribunal, teniendo en cuenta que las pretensiones contra la Aseguradora fueron superiores a las anteriores cifras.

1. Cubrimiento de la Póliza

La póliza otorgada por el contratista ampara las siguientes coberturas a través de la aseguradora CONFIANZA S.A.:

Concepto amparo	Valor asegurado	Porcentaje asegurado ¹²
Por anticipo	\$1,021.045.028	100% del anticipo
Por cumplimiento del contrato	\$583.454.302	20% del valor del contrato

TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612

La cobertura de buen manejo del anticipo amparó \$1,021.045.028, no obstante, el Banco solamente puede reclamar a la Aseguradora *el anticipo no amortizado*, esto es, la suma de \$497.674.634, por las siguientes razones:

- Del anticipo entregado por El Banco (\$1,021.045.028), Facelco amortizó \$383.051.712. Posteriormente, por devoluciones de equipos que realizó el Banco a la firma contratista por un valor de \$334.122.849, el anticipo de incrementó a \$972.116.165.

Anticipo del contrato	Amortización del anticipo por FACELCO	Saldo anticipo a cargo de FACELCO
\$1,021.045.028	\$383.051.712	\$637.993.316
Mas Equipos devueltos por el Banco		\$334.122.849 ²⁴⁷
Total a cargo de FACELCO		\$972.116.165

- Al momento de la terminación del contrato, el Banco de la República debía al contratista \$474.441.531 por trabajos ejecutados y reconocidos en las actas parciales de obra, suma que se compensó con los valores adeudados por FACELCO como anticipo, (\$972.116.165), quedando pendiente de amortizar del anticipo \$497.674.634.

Sumas a cargo de FACELCO	Sumas a cargo del BANCO	Saldo Final del anticipo no amortizado por FACELCO
\$972.116.165	\$474.441.531	\$497.674.634

Por lo anterior, con la propuesta presentada por la Aseguradora se cubre una gran parte del anticipo y de los perjuicios, respecto de las sumas máximas aseguradas por la Aseguradora.

2.5.2. Concepto del Ministerio Público

Sobre este aspecto, al estudiar el cumplimiento de las obligaciones del BANCO, el Ministerio Público señaló, de un lado, que “en calidad de contratante, se observa que el mismo [BANCO] entregó el anticipo requerido para la ejecución del contrato”²⁴⁷; y, de otro lado, al abogar el punto de los perjuicios causados, manifestó que “En lo tocante con el manejo del anticipo entregado en virtud de la ejecución del contrato, se observa que atendiendo a las actas de entrega parcial 1,2, 3, 4 y 5, Facelco como

²⁴⁷ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000425.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

contratista, no ejecutó la totalidad del anticipo, razón por la cual, deberá responder por los valores no ejecutados”²⁴⁸.

2.5.3. Consideraciones del Tribunal

La pretensión tercera de la reforma de la demanda persigue “que se condene a la sociedad contratista **FACELCO S.A.S.** a pagar la suma de [...] (\$497.674.634), correspondiente al valor cancelado por parte del **BANCO DE LA REPÚBLICA** y no ejecutado por la sociedad **FACELCO S.A.S.** [...]”, es decir, la parte del anticipo que fue recibida por **FACELCO** y que no fue amortizada durante el plazo contractual.

Sobre este punto, el Tribunal destaca que, en el expediente se encuentra debidamente acreditado un hecho posterior a la presentación de la demanda que extingue el derecho sustancial que reclama el Demandante en esta pretensión e impide que esta última pueda ser despachada favorablemente. En efecto, en el acuerdo conciliatorio celebrado entre el **BANCO** y Llamada en Garantía en el seno de la audiencia de conciliación que se llevó a cabo en este proceso, se pactó lo siguiente en lo relativo al tema del anticipo:

“1) Con la celebración del presente acuerdo conciliatorio, el BANCO DE LA REPÚBLICA y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA acuerdan que ponen término a todas las controversias que se originaron con ocasión del llamamiento en garantía realizado por el BANCO DE LA REPÚBLICA a CONFIANZA en el proceso arbitral con radicado No. 15612, controversias que se encuentran contenidas en el escrito de llamamiento en garantía, la contestación a la reforma de demanda presentada por CONFIANZA y el memorial de pronunciamiento del BANCO DE LA REPÚBLICA sobre las excepciones de mérito propuestas por CONFIANZA.

2) CONFIANZA se obliga a pagar a favor del BANCO DE LA REPÚBLICA la suma de **OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$831.810.217,00)**, dentro de los veinte (20) días calendarios siguientes, contados a partir de la fecha del auto que apruebe la presente conciliación. La anterior suma de dinero se discrimina, así:

²⁴⁸ Cuaderno Principal No. 4, Folio 000444.

[...]

b) Por concepto de amparo de anticipo, la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$387.815,190,00). [...]”²⁴⁹.

Se recuerda que el anterior acuerdo conciliatorio fue aprobado por este Tribunal mediante Auto No. 16 del 22 de octubre de 2020, y que el pago de la anterior obligación adquirida por **CONFIANZA** frente al **BANCO** se encuentra acreditada en el expediente²⁵⁰.

Entonces, teniendo en consideración que ya se reconoció y pagó una suma por concepto de anticipo no amortizado o no ejecutado por conducto del pago efectuado por **CONFIANZA** en cumplimiento de la mencionada conciliación, y en aplicación del principio de congruencia señalado en el artículo 281 del CGP –según el cual en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda–, este Tribunal considera aquel hecho como extintivo de la obligación de restitución del anticipo no amortizado del Contrato, por lo que no se condenará a **FACELCO** a pagar ninguna suma adicional a la ya pagada por **CONFIANZA**, que fue precisamente la aseguradora que garantizó el anticipo del Contrato. Así las cosas, no se accederá a la pretensión tercera de la reforma de la demanda.

En razón a lo anterior, el Tribunal rechaza la pretensión tercera del Demandante.

2.6. Pronunciamiento sobre la Cláusula Penal

El Tribunal analizará a continuación la cuarta pretensión del Demandante relativa al pago de la cláusula penal contenida en el Contrato. Para ello, el Tribunal expondrá, primero que todo, la posición del **BANCO** (2.6.1.), enseguida el concepto del Ministerio Público (2.6.2.) y, finalmente, presentará sus conclusiones (2.6.3.).

²⁴⁹ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000178 a 000179.

²⁵⁰ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000351 a 000389.

2.6.1. Posición del Demandante

El Demandante en su escrito de reforma a la demanda presentó la siguiente pretensión:

“**CUARTA:** Que se condene a la sociedad **FACELCO S.A.S.** a pagar a título de pena, el equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) DEL VALOR TOTAL DEL CONTRATO Nro. CT0135 00621400 de Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco y de las cinco (5) prórrogas al contrato suscritas, por no haberlo ejecutado en su totalidad, de conformidad con lo señalado en la cláusula octava del referido instrumento que dispone: “Cláusula Penal: EL CONTRATISTA, para asegurar el cumplimiento debido y oportuno de las obligaciones que adquiere mediante este contrato, se sujeta a pagar a EL BANCO, a título de pena, el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del mismo, en caso de no ejecutar de manera total o ejecutar parcialmente tales obligaciones. Es entendido que por el pago de la pena no se extingue la obligación principal ni el derecho de EL BANCO a reclamar la indemnización de los perjuicios efectivamente sufridos cuyo monto no alcance a ser cubierto con el valor de la pena aquí estipulada. EL BANCO podrá compensar el valor de esta cláusula descontándola del precio que le adeude a EL CONTRATISTA. En caso de que tal suma no fuere suficiente, EL BANCO podrá cobrar ejecutivamente la parte insoluta, sin necesidad de requerimiento judicial para constituirlo en mora para lo cual no se aplicará lo dispuesto en la cláusula compromisoria. Todo lo anterior, sin perjuicio de que EL BANCO pueda hacer igualmente efectivas las garantías previstas en el presente contrato” (negrilla y subrayas en original).

A su vez, en la sección IV del escrito de reforma de la demanda, relacionada con los fundamentos de derecho que sustentan sus pretensiones, el Demandante sostuvo que, en aras de justificar las pretensiones demandadas, era importante resaltar que el inciso 1° del art. 867 del CCO, manifiesta “*que pactada la cláusula penal se entenderá que las partes no pueden retractarse*”; aseverando además que “*al parecer con esta frase se entiende que son arras confirmatorias y no de retracto*”. Sin embargo, observa Tribunal que, además de citar apartes jurisprudenciales relacionados con el equilibrio económico de los contratos, el Demandante no señaló como base de su pretensión fundamentos jurídicos adicionales a la simple congruencia necesaria entre la pretensión declarativa de incumplimiento del Contrato y la estipulación de cláusula penal.

2.6.2. Concepto del Ministerio Público

En relación con esta pretensión, la señora Agente del Ministerio Público señaló que el **BANCO** tenía facultades para haber ejecutado en varias ocasiones, y hasta el tope del 20% del precio total del Contrato, la cláusula penal en función de apremio pues así estaba previsto en el caso de incumplimiento, en función de la estimación anticipada de perjuicios. Para el Ministerio Público, para el momento de presentación de la demanda y toda vez que no se continuó con la ejecución del Contrato, es procedente la exigencia de la cláusula penal, como efectivamente lo pretende el accionante.

Como corolario de lo anterior, para la señora Agente del Ministerio Público, ante el incumplimiento probado por parte de FACELCO, respecto del objeto del Contrato, valga decir, el suministro e instalación de las subestaciones eléctricas contratadas, afectándose así la obligación principal del Contrato, es procedente condenar a FACELCO al pago de la cláusula penal acordada contractualmente.

Finalmente, el Ministerio Público insiste en que este Tribunal debe considerar que, toda vez que el tercero llamado en garantía reconoció unos perjuicios a favor del **BANCO**, dichos valores deberán ser tenidos en cuenta al momento de dictar el correspondiente laudo.

2.6.3. Consideraciones del Tribunal

Una vez resumido el objeto de la pretensión del Demandante y la posición que frente a la misma sostuvo el Ministerio Público, habida cuenta de lo resuelto en la Sección 2.3.4.4 del presente laudo, teniendo en consideración que de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso arbitral la Parte Demandante efectivamente logró demostrar el incumplimiento parcial del Contrato por parte de **FACELCO**, pasará el Tribunal a analizar si la pretensión cuarta de la reforma a la demanda tiene o no vocación de reconocimiento. Para el efecto, el Tribunal pone de presente lo siguiente:

La pretensión cuarta de la reforma a la demanda, solicita “(...) *que se condene a la sociedad FACELCO S.A.S. a pagar a título de pena, el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato (...) por no haberlo ejecutado en su totalidad, de conformidad con lo señalado en la cláusula octava*” del Contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

En tal sentido la cláusula octava del Contrato, dispone que:

“Cláusula penal: El Contratista, para asegurar el cumplimiento debido y oportuno de las obligaciones que adquiere mediante este contrato, se sujeta a pagar al Banco, a título de pena, el equivalente al veinte por ciento del valor total del mismo, en caso de no ejecutar de manera total o ejecutar parcialmente tales obligaciones. Es entendido que por el pago de la pena no se extingue la obligación principal ni el derecho del Banco a reclamar la indemnización de los perjuicios efectivamente sufridos, cuyo monto no alcance a ser cubierto con el valor de la pena aquí estipulada. El Banco podrá compensar el valor de esta cláusula descontándola del precio que le adeude al Contratista. En caso de que tal suma no fuere suficiente, el Banco podrá cobrar ejecutivamente la parte insoluta, sin necesidad de requerimiento judicial para constituirlo en mora para lo cual no se aplicará lo dispuesto en la cláusula compromisoria. Todo lo anterior, sin perjuicio de que el Banco pueda hacer igualmente efectivas las garantías previstas en el presente contrato” (destacado ajeno al original).

Con base en lo estipulado en la cláusula bajo estudio, el Tribunal estima pertinente plantear las siguientes consideraciones relativas a la cláusula penal (2.6.3.1.) seguidas de su decisión final al respecto (2.6.3.2.):

2.6.3.1. Objeto de la cláusula penal y sus implicaciones en el caso concreto

De manera abstracta, la cláusula penal tiene por objeto la estimación anticipada de perjuicios exenta de prueba en lo que respecta a la existencia y valor del perjuicio en el evento en que se presente un incumplimiento total o parcial del Contrato por parte del contratista. Basta con demostrar el incumplimiento total o parcial para que el acreedor reclame su pago.

Observa el Tribunal que la pena prevista en la cláusula octava contempla, de una parte, mediante una calificación literal, un sentido punitivo, al establecer “a título de pena”, un valor porcentual del valor del contrato ante el incumplimiento total o parcial de las obligaciones. En adición a lo anterior, la cláusula hace una referencia a los perjuicios, al señalar que el pago de la pena no impide que el Banco reclame aquellos efectivamente sufridos, cuando éstos no alcancen a ser cubiertos por el valor de la pena porcentual estipulada.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

De tal forma, a riesgo de ser reiterativos, el Tribunal entiende que el reconocimiento de la sanción establecida a través de esta cláusula penal no extingue ni la obligación principal de suministrar los bienes objeto del Contrato ni el derecho del **BANCO** a reclamar la indemnización de los perjuicios efectivamente sufridos por encima del valor de la cláusula.

Adicionalmente, debe considerarse que la cláusula no trae un monto máximo diferenciado para eventos en los que el cumplimiento es parcial o total, así que bien podría reclamarse el veinte por ciento (20%) del precio en cualquiera de los dos eventos, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1596 del C.C.

Ahora, conviene anotar que el Contrato, cuyo cumplimiento examina este Tribunal, contemplaba también una cláusula penal moratoria en la cláusula novena, teniendo como objeto el reconocimiento a favor del **BANCO** de una caución o multa por atraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. No obstante, considerando que su reconocimiento no fue solicitado a través de las pretensiones de la reforma de la demanda, no será analizada ni reconocida dentro de este laudo arbitral.

Como consecuencia de lo anterior, teniendo en consideración que, durante la etapa probatoria, si bien se demostró el incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo de **FACELCO** y no se demostró el acaecimiento de perjuicios ciertos y determinables, sería jurídicamente admisible reconocer el pago de la cláusula penal como mecanismo de estimación anticipada de perjuicios, en el sentido de que el perjuicio por ella reconocido atiende al mero incumplimiento contractual.

No obstante lo anterior, y de acuerdo con la complejidad que reporta para el caso establecer a través del material probatorio el porcentaje de cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, este Tribunal considera procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 867 del Código de Comercio, según el cual *“cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.”* (destacado ajeno al original). En esa medida, considerando que el mayor valor al que

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

puede ascender la cláusula penal corresponde al veinte por ciento (20%) del valor del Contrato, es decir a \$583'454.301,6, bien sea que se ejecute en razón a un incumplimiento total o parcial, este Tribunal fija como valor a pagar a título de cláusula penal la suma de \$583'454.301,6.

No obstante lo anterior, teniendo en consideración que ya se reconoció y pagó una suma por concepto de incumplimiento de la obligaciones derivadas del Contrato por conducto del pago efectuado por **CONFIANZA**, este Tribunal considera este hecho como extintivo de la obligación de pago derivada de la ejecución de la cláusula penal, en la medida que la suma reconocida a título de pena, contrastada contra la suma efectivamente pagada por **CONFIANZA**, responden a la misma fuente de enriquecimiento, es decir, al incumplimiento del Contrato, por lo que no se condenará a **FACELCO** a pagar ninguna suma en adición a las ya pagadas por **CONFIANZA** como su garante.

Por todo lo anterior este Tribunal reconoce que, por conducto del incumplimiento de Contrato el **BANCO** cuenta con la facultad de ejecutar la cláusula penal y por ende recibir un reconocimiento de perjuicios por el incumplimiento del Contrato. Sin embargo, en relación con la pretensión de condena al pago solicitada por el extremo Demandante, este Tribunal se aparta de la solicitud de la parte activa del proceso arbitral, teniendo en consideración que, el pago de dicha sanción deberá entenderse extinguido con el pago hecho por **CONFIANZA**, razón por la cual, si bien se admite la procedencia de la ejecución de la pena a título de estimación anticipada de perjuicios no se condenará al pago de suma adicional a **FACELCO** y en esa medida, se deniega la pretensión cuarta de la reforma a la demanda.

2.6.3.2. Conclusión

Por las razones esbozadas en esta Sección y en aplicación del principio de congruencia señalado en el artículo 281 del CGP, según el cual en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda. De esta manera, el Tribunal no accederá a la pretensión cuarta de la reforma de la demanda.

2.7. Pronunciamiento sobre la liquidación del Contrato y la determinación de restituciones a que haya lugar

El Tribunal analizará a continuación la quinta y tercera pretensiones del Demandante relativas, la primera a la liquidación del Contrato y la segunda a la restitución de un anticipo que no fue ejecutado por parte del Demandado. Para ello, el Tribunal expondrá, primero que todo, la posición del **BANCO** (2.7.1.), enseguida el concepto del Ministerio Público (2.7.2.) y, finalmente, presentará sus conclusiones (2.7.3.).

2.7.1. Posición del Demandante

El Demandante en su escrito de reforma de la demanda presentó la siguiente pretensión:

“QUINTA: Que se ordene la liquidación final del Contrato Nro. CT0135 00621400 de 21 de mayo de 2014 de “Suministro e Instalación de subestaciones en edificios varios del Banco: Sucursales Agencias Culturales y/o Bibliotecas en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Cartagena Biblioteca Bartolomé Calvo, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Biblioteca de Leticia, Montería, Pasto, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Valledupar y Villavicencio, y en la Fábrica de la Moneda de Ibagué” y de las cinco (5) prórrogas del contrato suscritas, con la inclusión de todas y cada una de las pretensiones indemnizatorias relacionadas” (negrilla en original).

A su vez, el Contrato señala:

“DECIMOTERCERA.- Acta de entrega, recibo y liquidación final: El acta de entrega, recibo y liquidación final de los trabajos, deberá ser firmada por EL CONTRATISTA y por los representantes de EL BANCO.

PARÁGRAFO PRIMERO: En el acta deberán constar las sumas recibidas por EL CONTRATISTA, el saldo a pagar y el valor de las sanciones que deban aplicarse, si hubiere lugar a ello.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Sin perjuicio de lo anterior EL CONTRATISTA acepta que EL BANCO está facultado para liquidar unilateralmente el contrato en el evento y con

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

el procedimiento descrito en el artículo 25 del Régimen General de Contratación del Banco de la República”²⁵¹.

“**DECIMONOVENA.- Liquidación:** La liquidación del presente contrato será procedente: **1.** Cuando éste se resuelva; **2.** Cuando las partes declaren la terminación por mutuo acuerdo y, **3.** Cuando se hayan ejecutado o cumplido, en el término previsto, las obligaciones emanadas del mismo. Dicha liquidación, si hubiere lugar a ella, deberán efectuarla los representantes de EL BANCO, por una parte, y EL CONTRATISTA o su delegado, por la otra, debiendo constar la diligencia de liquidación en acta en la cual se determine el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes.

PARÁGRAFO: EL CONTRATISTA autoriza a EL BANCO para debitar de las sumas que resulten a su favor en la liquidación del contrato, los valores que adeude por los aportes al sistema de salud, pensiones y riesgos laborales, y a las cajas de compensación familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje para ser girados directamente por EL BANCO a dichos sistemas, cuando a ello haya lugar de conformidad con las normas vigentes en la materia”²⁵².

Con base en lo anterior, el Demandante señaló en su alegato de conclusión que ocurrida la confesión ficta de la Parte Demandada y corroborados todos los hechos de la reforma de la demanda con la declaración de los testigos se encontraba jurídica y fácticamente probada la prosperidad de sus pretensiones tanto declarativas como de condena.

2.7.2. Concepto del Ministerio Público

En cuanto a la liquidación del Contrato, considera la señora Agente del Ministerio Público que deberá accederse a dicha pretensión de acuerdo con las razones señaladas en el análisis de las demás pretensiones de la reforma de la demanda.

²⁵¹ Folios 000030 Cuaderno Pruebas No.1 y 000046 del Cuaderno Pruebas No. 2.

²⁵² Folios 000031 Cuaderno Pruebas No.1 y 000047 del Cuaderno Pruebas No. 2.

2.7.3. Consideraciones del Tribunal en relación con la liquidación del Contrato

En fundamento a la cláusula decimonovena del Contrato, así como al artículo 25 del Régimen General de Contratación del Banco de la República, el Tribunal accederá favorablemente a la pretensión del **BANCO** de liquidar el Contrato, por lo que entrará a determinar si hay lugar a hacer restituciones mutuas.

Tal y como quedó probado a lo largo del proceso arbitral, el **BANCO** no incumplió las obligaciones que tenía a su cargo para con **FACELCO** por conducto del Contrato y sus Otrosíes, razón por la cual, no existen saldos que liquidar en relación con el extremo acreedor a favor del extremo deudor del Contrato objeto de la disputa. Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en Secciones anteriores, este no es el caso de **FACELCO**, quien incumplió parcialmente el Contrato objeto de controversia, existiendo en esa medida, prestaciones a su cargo pendientes de ejecutar. No obstante lo anterior, teniendo en consideración que a través del acuerdo de conciliación suscrito entre el **BANCO** y **CONFIANZA** como garante del extremo deudor, las obligaciones pendientes de ejecución fueron transigidas y terminadas a través del acuerdo de conciliación no existen obligaciones pendientes de ejecutar a cargo de **FACELCO**.

Por todo lo anterior, se accede a esta pretensión quinta, declarando legalmente liquidado el Contrato, sin que haya lugar al reconocimiento de saldo alguno a favor de cualquiera de las Partes.

2.8. Pronunciamiento sobre el juramento estimatorio

La figura del juramento estimatorio, sus consecuencias y sus sanciones. El artículo 206 del CGP, reformado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014; en un principio se previó como una sanción objetiva a las deficiencias probatorias del Demandante, posteriormente a raíz de la sentencia C –157 de 2013 de la Corte Constitucional, se morigeró la naturaleza de la sanción original.

En dicha sentencia, proferida el 21 de marzo de 2013, dijo la Corte:

“6.4.3.2. Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable. La principal consecuencia es la negación de sus pretensiones, con lo ello lleva aparejado. Pero merced a su propia culpa, tampoco es irrazonable o desproporcionado que se aplique la sanción prevista en la norma demandada. Y es que someter a otras personas y a la administración de justicia a lo que implica un proceso judicial, para obrar en él de manera descuidada, descomedida y, en suma, culpable, no es una conducta que pueda hallar amparo en el principio de la buena fe, o en los derechos a acceder a la justicia o a un debido proceso.

6.4.3.3. No obstante, si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración. Y es que algunos medios de prueba como el testimonio están sometidos a virtualidades como la muerte del testigo, caso en el cual la prueba se torna imposible; otros medios de prueba, como los documentos, están sometidos a la precariedad del soporte que los contiene, y a los riesgos propios de éste, como el fuego, el agua, la mutilación, el extravío, etc.

6.4.3.4. Dado lo anterior, cabe hacer una nueva subdivisión, pues es posible que la contingencia a la que está sometida el medio de prueba haya ocurrido antes de iniciar el proceso, y haya sido conocida por la parte a la que le corresponde la carga de la prueba, o que ésta ocurra en el transcurso del proceso, pero antes de la práctica de la prueba.

En el primer evento, es evidente la culpabilidad y temeridad de la parte que, pese a conocer que no existen medios de prueba para acreditar la existencia y la cuantía de los perjuicios, en todo caso insiste en presentar pretensiones que a la postre serán negadas por este motivo. Por tanto, en este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada no resulta desproporcionada.

En el segundo evento, es evidente que se está ante la fatalidad de los hechos, valga decir, ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada sí resulta desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada[33]”.

Teniendo en cuenta la anterior sentencia, se modificó el párrafo del artículo 206 del CGP, con el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, en la siguiente forma:

“Párrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte” (destacado fuera de texto).

En el presente proceso no se advierte de manera alguna negligencia o incuria de la Parte Demandante, quien desplegó una conducta procesal más que apropiada durante todo el proceso, no puede imputársele temeridad alguna en la falta de demostración del monto de los perjuicios y, en términos globales, estuvo siempre presto a colaborar con el Tribunal durante todas las etapas procesales, particularmente en la instrucción de la causa y la consecución de localización del Demandado, quien a pesar de los buenos oficios del Demandante, nunca se presentó al proceso.

3. COSTAS

El Código General del Proceso establece en el numeral 5º del artículo 365 lo siguiente:

“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.

Teniendo en cuenta la disposición legal transcrita y por la forma como se decide el juicio, no habrá condena en costas ni en agencias en derecho a favor de ninguna de las Partes, en la medida en que, a través del presente laudo se reconocen parcialmente

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

las pretensiones declarativas y no condenatorias de la reforma de la demanda, bajo los supuestos fácticos y jurídicos ya mencionados en Secciones anteriores.

No obstante lo anterior, se precisa que cada Parte deberá asumir en un cincuenta por ciento (50%) los honorarios y gastos del Tribunal, tal como se dispuso en su momento en el resuelve segundo del Auto No. 21 del 12 de noviembre de 2020²⁵³.

De esta manera, y teniendo en cuenta que los gastos y honorarios de este Tribunal, decretados en el mencionado Auto No. 21, fueron pagados en su totalidad por la Parte Demandante –tal como se encuentra acreditado en el expediente²⁵⁴–, este Tribunal advierte que queda a salvo el derecho del **BANCO**, consagrado en el inciso 2º del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, para solicitarle a **FACELCO** el reembolso del cincuenta por ciento (50%) de los honorarios y gastos que se encontraban a cargo de esta última sociedad, según lo ordenado por este Tribunal en el resuelve segundo del mencionado Auto No. 21, y, cuya mitad asciende a la suma de OCHENTA MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$80.500.000,00).

IV.PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y en ejercicio de la competencia conferida por las Partes, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre el **BANCO DE LA REPÚBLICA**, como Parte Demandante, y **FACELCO S.A.S.**, como Parte Demandada, a unanimidad,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la prosperidad parcial de la pretensión primera de la reforma de la demanda, en la medida en que **FACELCO S.A.S.** incumplió parcialmente el Contrato

²⁵³ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000254 a 000258.

²⁵⁴ Cuaderno Principal No. 3, Folios 000290 a 000292 y 000327 a 000329.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

CT035 00621400 de 21 de mayo de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones segunda, tercera y cuarta de la reforma de la demanda, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones del presente laudo.

TERCERO.- Liquidar el Contrato CT035 00621400 de 21 de mayo de 2014 sin que haya lugar a restituciones a favor de ninguna de las Partes, de acuerdo con la pretensión quinta de la reforma a la demanda y en los términos establecidos en la parte motiva del presente laudo.

CUARTO.- Negar la pretensión sexta de la reforma de la demanda y, en consecuencia, **abstenerse** de condenar en costas y en agencias en derecho, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia. No obstante, **se dispone** que queda a salvo el derecho del **BANCO DE LA REPÚBLICA**, consagrado en el inciso 2º del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, para solicitarle a **FACELCO S.A.S.** el reembolso de la suma OCHENTA MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$80.500.000,00), correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de los honorarios y gastos del Tribunal que estaban a cargo de esa parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

QUINTO.- Abstenerse de decretar la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, de conformidad con lo señalado en la parte motiva del presente laudo.

SEXTO.- Disponer que, una vez en firme este laudo, por Secretaría se expidan copias auténticas del mismo con destino a cada una de las Partes y el Ministerio Público, con las constancias de ley.

SÉPTIMO.- Disponer que en su oportunidad se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

OCTAVO.- Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios de los Árbitros y del Secretario, más el IVA correspondiente, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder de la Presidenta del Tribunal, conforme a lo

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612**

dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012. La Parte Demandante **deberá entregar** en un plazo de quince (15) días hábiles a los Árbitros y el Secretario los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con este segundo 50% de sus honorarios.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 22 de la Ley 1743 de 2014, **ordenar** que la Presidenta del Tribunal descunte del pago final de los honorarios de los Árbitros y del Secretario el valor correspondiente a la contribución especial arbitral y la consigne a la orden del Consejo Superior de la Judicatura.

DÉCIMO.- Disponer que, en la oportunidad prevista en el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, la Presidenta del Tribunal proceda a efectuar la liquidación final de gastos y, de ser el caso, a devolver a la Parte Demandante el remanente que no hubiere sido utilizado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Bogotá, D. C., a los veintiocho (28) días del mes de mayo de dos mil veinte (2020).

Se deja constancia que el presente laudo es suscrito por los Árbitros y el Secretario, mediante firma digitalizada, tal como lo autoriza el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020.



DIANA XIMENA CORREA ANGEL

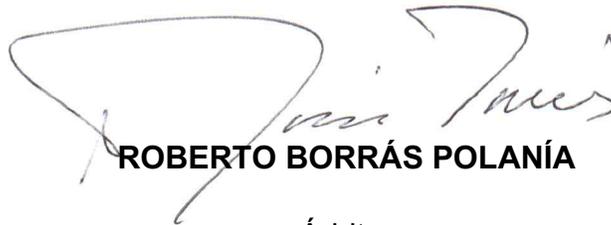
Presidenta

TRIBUNAL ARBITRAL DE
BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA
FACELCO S.A.S.
15612



JESael ANTONIO GIRALDO CASTAÑO

Árbitro



ROBERTO BORRÁS POLANÍA

Árbitro



PHILIP FRANK RUIZ AGUILERA

Secretario